ARCHIVIO DELLA FONDAZIONE ITALIANA
PER LA STORIA AMMINISTRATIVA

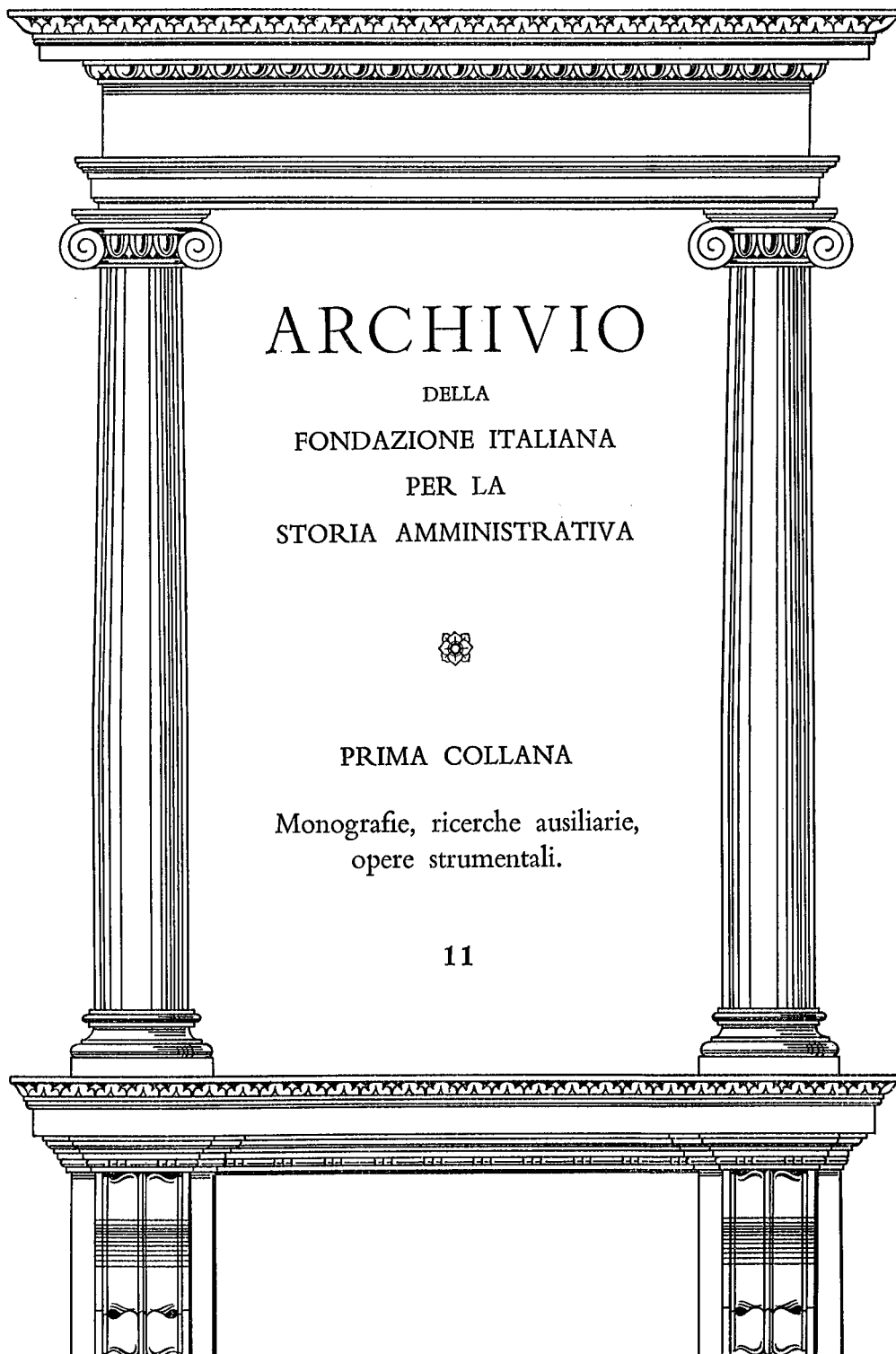
11

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE

LA STORIOGRAFIA COSTITUZIONALE TEDESCA NEL SECOLO DECIMONONO

Problematica e modelli dell'epoca.

Traduzione e Introduzione di
Pierangelo Schiera

PER I TIPI DELL'EDITORE DOTT. ANTONINO GIUFFRÈ
MILANO * MCMLXX

ARCHIVIO

DELLA

FONDAZIONE ITALIANA

PER LA

STORIA AMMINISTRATIVA

PRIMA COLLANA

Monografie, ricerche ausiliarie,
opere strumentali.

11

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE

LA STORIOGRAFIA COSTITUZIONALE TEDESCA
NEL SECOLO DECIMONONO

Problematica e modelli dell'epoca.

Traduzione e Introduzione di
Pierangelo Schiera

PER I TIPI DELL'EDITORE DOTT. ANTONINO GIUFFRÈ
MILANO * MCMLXX

Ai venerati Maestri
prof. dr. Franz Schnabel
prof. dr. Otto Brunner

PREMESSA

Il problema della storia e della storicità si è oggi riproposto in termini nuovi nell'ambito delle singole discipline scientifiche. Per questa ragione, potrà forse avere qualche interesse un'indagine che si riferisca alle problematiche e agli schemi interpretativi proprî del tempo che hanno condizionato la ricerca storico-costituzionale ottocentesca: di quest'ultima si vuole qui tentare di individuare la concreta dipendenza storica. Un'indagine del genere viene incontro, come appare a prima vista, ad una specifica esigenza scientifica, che sorge spontaneamente dallo stato attuale della ricerca storica e teoretica in campo costituzionale, in Germania.

Il presente lavoro è servito, nell'estate del 1960, come dissertazione di dottorato presso la Facoltà di filosofia dell'Università di Monaco. Per la sua realizzazione, ringrazio in primo luogo il mio stimatissimo Maestro, prof. Franz Schnabel, che me ne ha offerto lo spunto e lo stimolo: al giovane giurista che io ero egli ha aperto gli occhi sulla storia costituzionale e sui suoi problemi, non trascurando mai di sostenermi e guidarmi con ininterrotta sollecitudine e partecipazione, durante lo svolgimento del tema, con i suoi consigli e con la sua collaborazione.

Della grande riconoscenza che porto a lui e al prof. Otto Brunner, dell'Università di Amburgo — i cui lavori mi hanno chiarito del tutto l'orizzonte delle questioni qui trattate ed hanno costituito il costante punto di riferimento della mia indagine — vorrebbe essere segno manifesto la dedica che ho posto all'inizio del mio lavoro.

Sento il bisogno di ringraziare in modo particolare anche il prof. Carl Schmitt, ora a Plettenberg, per i ripetuti, illuminanti colloqui che mi ha concesso, dai quali ho ricevuto suggestioni durature; ed il Collegium Philosophicum dell'Università di Münster, diretto dal prof. Joachim Ritter, la cui particolare apertura ai problemi della storia e della storicità ha molto giovato al mio lavoro; infine il Consigliere Ministeriale dr. Broermann che ha accolto nel suo programma editoriale, con grande benevolenza e favore, questa trattazione.

Ernst-Wolfgang Böckenförde

Münster in Westfalen, gennaio 1961.

RASSEGNA DELLE FONTI E DELLA LETTERATURA

I. FONTI

ALBRECHT Eduard. Recensione a: MAURENBRECHER *Grundsätzen des heutigen deutschen Staatsrechts*, in « *Göttingische Gelehrte Anzeigen* » 150-152 (1837).
AMIRA Karl VON *Grundriß des germanischen Rechts* (Straßburg 1913³).
AMIRA Karl VON *Zur Erinnerung an den 1. Januar 1806. Eine Festrede*, in « *Süddeutsche Monatshefte* » 3 (1906) I.
BELOW Georg VON *Bürgerschaften und Fürsten*, in « *Historische Zeitschrift* » 102.
BELOW Georg VON *Die deutsche Geschichtsschreibung von den Befreiungskriegen bis zu unsern Tagen*. 2. erweiterte Auflage (München-Berlin 1924).
BELOW Georg VON *Der Deutsche Staat des Mittelalters*. I: *Die allgemeinen Fragen* (Heidelberg 1914).
BELOW Georg VON *Territorium und Stadt* (München-Berlin 1923²).
BELOW Georg VON *Der Ursprung der deutschen Stadtverfassung* (Düsseldorf 1892).
BELOW Georg VON *Die landständische Verfassung in Jülich-Berg bis zum Jahre 1511* Teil 1 (Düsseldorf 1885).
BELOW Georg VON. Recensione a: A. Waas *Vogtei und Bede in der deutschen Kaiserzeit* 2. Teil, in « *Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* » 18 (1925).
Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der deutschen konstituierenden Nationalversammlung zu Frankfurt a. M. Herausgegeben von Franz WIGARD, 9 v (Frankfurt 1849).
BESELER Georg *Erlebtes und Erstrebtes, 1809-1859* (Berlin 1884).
BESELER Georg *Volksrecht und Juristenrecht* (Leipzig 1843).
BESELER Georg *Über die Stellung des römischen Rechts zu dem nationalen Recht der germanischen Völker*. Akademische Antrittsrede 1835, in (EIUSDEM) *Erlebtes und Erstrebtes* (Berlin 1884) 119-130.
BRUNNER Heinrich *Deutsche Rechtsgeschichte* 2 v (Leipzig 1887-1892).
DAHLMANN Friedrich Christoph *Die Politik, auf den Grund und das Maß der gegebenen Zustände zurückgeführt* (Leipzig 1847³).
DAHLMANN Friedrich Christoph *Kleine Schriften und Reden* (Stuttgart 1886).
EICHHORN Karl Friedrich *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*. 4. verbesserte Ausgabe, 4 v (Göttingen 1832-1836).
ENGELS Friedrich *Zur Geschichte und Sprache der deutschen Frühzeit* (Berlin [Ost] 1952).
ENGELS Friedrich *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, in MARX-ENGELS *Ausgewählte Schriften* II (Berlin [Ost] 1958).
GIERKE Otto *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie* (Breslau 1880).
GIERKE Otto *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. I: *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft* (Berlin 1868); II: *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs* (Berlin 1873).

GIERKE Otto *Recht und Sittlichkeit*, in « *Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie und Kultur* » 6 (1916-1917).
GIERKE Otto. Recensione a: P. SANDER *Feudalstaat und bürgerliche Verfassung* (1906), in « *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Germanistische Abteilung* » 27 (1907).
GIERKE Otto *Der germanische Staatsgedanke* (Berlin 1919).
GRIMM Jakob *Über meine Entlassung* (Neudruck: Berlin 1945).
GUIZOT François Pierre Guillaume *Histoire de la civilisation en France*. Nouvelle édition (Paris 1859).
HEGEL Georg Wilhelm Friedrich *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Ausgabe GANS (Stuttgart 1952^3).
HÜLLMANN Karl-Dietrich *Geschichte des Ursprungs der Stände in Deutschland* 3 v (1806-1808); 2. umgearbeitete Ausgabe [in 1 v] (Berlin 1830).
IHERING Rudolf VON *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts* I (Jena 1881).
LABAND Paul *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* I (Tübingen 1876).
LUDEN Heinrich *Einige Worte über das Studium der vaterländischen Geschichte* (1810; Neuausgabe: Darmstadt 1955).
MARX KARL *Die Frühschriften*. Herausgegeben von Siegfried LANDSHUT (Stuttgart 1953).
MARX Karl - ENGELS Friedrich *Briefwechsel* 4 v (1868-1883; Berlin [Ost] sd [1950]).
MARX Karl - ENGELS Friedrich *Die deutsche Ideologie* (Berlin [Ost] 1953).
MAURER Georg Ludwig VON *Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt*. 2. Auflage [Neudruck] mit einem Vorwort von H. CUNOW (Wien 1896).
MAURER Georg Ludwig VON *Geschichte der Fronhöfe, Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland* 4 v (Erlangen 1862-1863).
MAURER Georg Ludwig VON *Geschichte der Markenverfassung in Deutschland* (Erlangen 1856).
MAURER Georg Ludwig VON *Geschichte der Städteverfassung in Deutschland* 2 v (Erlangen 1869-1870).
MÖSER Justus *Gesellschaft und Staat. Eine Auswahl aus seinen Schriften*. Herausgegeben von Karl BRANDI (München 1921).
MÖSER Justus *Osnabrückische Geschichte*, in (EIUSDEM) *Sämtliche Werke*. Herausgegeben von ABECKEN, VI ss (Berlin 1843 ss).
MONTAG Eugen *Geschichte der deutschen staatsbürgerlichen Freiheit oder der Rechte des gemeinen Freien, des Adels und der Kirche Deutschlands* 2 v (Bamberg-Würzburg 1812-1814).
MICHELET Jules *Histoire de France* I-II (Ausgabe 1879).
MONTESQUIEU Charles Louis DE *Vom Geist der Gesetze*. Übersetzt und eingeleitet von Ernst FORSTHOFF, 2 v (Tübingen 1949).
PÖLITZ Heinrich *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis in die neueste Zeit* I (Leipzig 1831^2).
RENAN Ernest *Qu'est-ce qu'une nation?* (Paris 1882).
REYSCHER August Ludwig *Über das Dasein und die Natur des deutschen Rechts*, in « *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* » I (Leipzig 1839).
REYSCHER August Ludwig *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in « *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* » 1 (1839).
RICHTHOFEN Karl Frhr. VON *Eichhorn*, in *Deutsches Staatswörterbuch* III (1858).
ROTH Paul VON *Geschichte des Benefizialwesens von den ältesten Zeiten bis ins 10. Jahrhundert* (Erlangen 1850).
ROTH Paul VON *Feudalität und Untertanenverband* (Weimar 1863).
ROTH Paul VON *Die rechtsgeschichtlichen Forschungen seit Eichhorn*, in « *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* » 1 (1861).

ROTH Paul VON *Die Literatur über die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung* [Recensione a SOHM], in «*Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*» 16 (1874).
ROTH Paul VON. Recensione a: G. WAITZ *Deutsche Verfassungsgeschichte* I e II, in «*Gelehrte Anzeigen*» 27 (1848).
SAVIGNY Friedrich Karl VON *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg 1814[1]).
SAVIGNY Friedrich Karl VON *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in «*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*» 1 (1815).
SOHM Rudolph *Die sozialen Aufgaben des modernen Staates* (Leipzig 1898).
SOHM Rudolph *Fränkisches und römisches Recht. Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte* (Weimar 1880); anche in «*Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Germanistische Abteilung*» 1 (1880).
SOHM Rudolph *Weltliches und geistliches Recht* [aus d. Festgabe der Leipziger Juristen-Fakultät für Karl Binding] (München-Leipzig 1914).
SOHM Rudolph *Von der deutschen Rechtswissenschaft*. Rektoratsrede (sd [1884]).
SOHM Rudolph *Die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung* (Leipzig 1871; Neudruck: 1911).
SOHM Rudolph *Das Verhältnis von Staat und Kirche aus dem Begriff von Staat und Kirche entwickelt* (Tübingen 1873).
Staatslexikon oder Enzyklopädie der Staatswissenschaften. Herausgegeben von ROTTECK-WELCKER, 15 v (Altona 1834 ss).
Deutsches Staatswörterbuch. Herausgegeben von BLUNTSCHLI-BRATER, 10 v (Stuttgart-Leipzig 1857 ss).
STEIN Freiherr. VOM *Ausgewählte politische Briefe und Denkschriften*. Herausgegeben von Erich BOTZENHART - Gunter IPSEN (Stuttgart sd [1955]).
STEIN Lorenz VON *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage* I. Ausgabe SALOMON (Neudruck: Darmstadt 1959).
STEIN Lorenz VON *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaften Deutschlands* (Stuttgart 1876).
STENGEL Edmund E. *Jugendbriefe von Georg Waitz aus der Frühzeit Rankes und der Monumenta Germaniae etc.*, in «*Historische Zeitschrift*» 121 (1920).
THIERBACH Christian *Über germanischen Erbadel. Beitrag zur Geschichte des Ursprungs der Stände in Deutschland* (Gotha 1836).
TOCQUEVILLE Alexis DE *L'ancien Régime et la Révolution* (Paris 1952) ‹Oeuvres complètes. Ed. J. P. Mayer, 2›.
Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt a. M. 24., 25. und 26. September 1846 (Frankfurt am Main 1847).
Verhandlungen der Germanisten zu Lübeck am 27., 28. und 30. September 1847 (Lübeck 1848).
WAITZ Georg *Gesammelte Abhandlungen* I [unico]: *Abhandlungen zur deutschen Verfassungs- und Rechtsgeschichte*. Herausgegeben von Karl ZEUMER (Göttingen 1896).
WAITZ Georg *Grundzüge der Politik nebst einzelnen Ausführungen* (Kiel 1862).
WAITZ Georg *Deutsche Verfassungsgeschichte* I-VIII (Kiel 1844-1878[1]); I (1880[3]); II 1 e 2 (1882[3]).

2.
LETTERATURA

AMIRA Karl VON *Heinrich Brunner*, in «*Jahrbuch der Königlichen Bayerischen Akademie der Wissenschaften*» (1916).
AMIRA Karl VON *Paul von Roth*, in *Allgemeine deutsche Biographie* LIII (1907).
AMIRA Karl VON *Rudolf Sohm*, in «*Jahrbuch der Königlichen Bayerischen Akademie der Wissenschaften*» (1918).
BADER Karl Siegfried *Das mittelalterliche Dorf als Friedens- und Rechtsbereich* (Weimar 1957).
BADER Karl Siegfried *Volk, Stamm, Territorium*, in «*Historische Zeitschrift*» 176 (1953); ora anche in *Herrschaft und Staat im Mittelalter* (Darmstadt 1956).
BELOW Minnie VON *Georg von Below. Ein Lebensbild für seine Freunde* (Stuttgart 1930).
BÖCKENFÖRDE Ernst Wolfgang *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus* (Berlin 1958).
BOEHMER Gustav *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*. II 1: *Die dogmengeschichtlichen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (Tübingen 1951).
BOSL Karl *Der «aristokratische Charakter» europäischer Staats- und Sozialentwicklung*, in «*Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft*» 74 (1955).
BRANDI Karl. Introduzione a: J. MÖSER *Gesellschaft und Staat* (München 1921).
BRINZ L. *G. L. v. Maurer*, in *Allgemeine Deutsche Biographie* XX.
BRUNNER Otto *Feudalismus. Ein Beitrag zur Begriffsgeschichte*, in «*Akademie der Wissenschaften und Literatur, Geistes- und Sozialwissenschaftliche Klasse*» (1958) X (Wiesbaden 1959).
BRUNNER Otto *Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft*, in *Aus Verfassungs- und Landesgeschichte. Festgabe für Theodor Mayer* I (Konstanz-Lindau 1954).
BRUNNER Otto *Inneres Gefüge des Abendlandes*, in *Historia Mundi* VI (Bern 1958).
BRUNNER Otto *Das ganze Haus und die alteuropäische Ökonomik*, in *Neue Wege der Sozialgeschichte* (Göttingen 1956).
BRUNNER Otto *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter* (Brünn-München-Wien 1943[3]).
BRUNNER Otto *Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte*, in «*MIOG*» Ergänzungen 14; ora anche in *Herrschaft und Staat im Mittelalter* (Darmstadt 1956).
BRUNNER Otto *Neue Wege der Sozialgeschichte* (Göttingen 1956).
BUCHNER Rudolf *Das merovingische Königtum*, in *Das Königtum* (Lindau-Konstanz 1956) ‹Vorträge und Forschungen, 3›.
CASSIRER Ernst *Die Philosophie der Aufklärung* (Tübingen 1932).
CONRAD Hermann *Die geistigen Grundlagen des allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794* (Köln-Opladen 1958).
CONRAD Hermann *Individuum und Gemeinschaft in der Privatrechtsordnung des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts* (Karlsruhe 1956).
CONRAD Hermann *Deutsche Rechtsgeschichte*. I: *Frühzeit und Mittelalter* (Karlsruhe 1954).
CONZE Werner *Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands*, in «*Historische Zeitschrift*» 186 (1958).
DANNENBAUER Heinrich *Adel, Burg und Herrschaft bei den Germanen*, in «*Historisches Jahrbuch*» 61 (1941); ora anche in *Herrschaft und Staat im Mittelalter* (Darmstadt 1956).
DANNENBAUER Heinrich *Die Freien im karolingischen Heer*, in *Aus Verfassungs- und Landesgeschichte. Festgabe für Theodor Mayer* I (Konstanz-Lindau 1954).

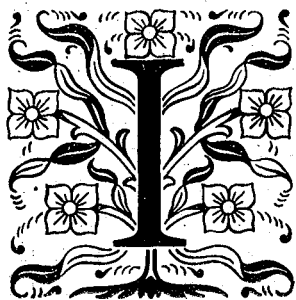
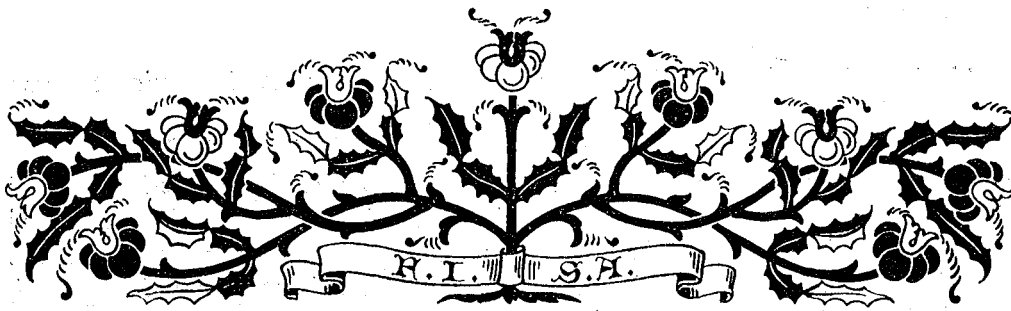
DANNENBAUER Heinrich *Freigrafschaften und Freigerichte*, in *Das Problem der Freiheit etc.* (Lindau-Konstanz 1955) ‹Vorträge und Forschungen, 2›.
DANNENBAUER Heinrich *Hundertschaft, Centena, Huntari*, in « *Historisches Jahrbuch* » 63-69 (1949); ora anche in (EIUSDEM) *Grundlagen der mittelalterlichen Welt* (Stuttgart 1958).
DANNENBAUER Heinrich *Königsfreie und Ministerialen*, in (EIUSDEM) *Grundlagen der mittelalterlichen Welt* (Stuttgart 1958).
DILTHEY Wilhelm *Das 18. Jahrhundert und die geschichtliche Welt* (Leipzig-Berlin 1927) ‹Gesammelte Schriften, 3›.
DILTHEY Wilhelm *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*. 2. unveränderte Auflage (Göttingen-Stuttgart 1959) ‹Gesammelte Schriften, 2›.
DILTHEY Wilhelm *Zur preußischen Geschichte*. 2. unveränderte Auflage (Göttingen-Stuttgart 1960) ‹Gesammelte Schriften, 12›.
DOEBERL M. *Entwicklungsgeschichte Bayerns* II (München 1912).
DOPSCH Alfons *Herrschaft und Bauer in der deutschen Kaiserzeit* (Jena 1939).
DOPSCH Alfons *Die freien Marken in Deutschland* (Baden bei Wien-Leipzig-Brünn 1933).
FEHR Hans *Rudolf Sohm*, in « *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* » 38 (1917).
FORSTHOFF Ernst *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit* (Berlin 1940).
FRENSDORFF Ferdinand *Zur Erinnerung an Georg Waitz*, in « *Hansische Geschichtsblätter* » (1885).
GIERKE Otto *Georg Beseler*, in « *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Germanistische Abteilung* » 10 (1889).
GIERKE Otto *Die historische Rechtsschule und die Germanisten* (Berlin 1903).
GOLLWITZER Heinz *Capitanaeus Imperatorio Nomine. Reichshauptleute in Städten und reichsstädtische Schicksale im Zeitalter Maximilians I.*, in *Aus Reichstagsakten des 15. und 16. Jahrhunderts. Festgabe für die Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften* (Göttingen 1958).
GRUNDMANN Herbert *Freiheit als religiöses, politisches und persönliches Postulat im Mittelalter*, in « *Historische Zeitschrift* » 183 (1957).
HARTUNG Fritz *Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart* (Stuttgart 1950[6]).
HARTUNG Fritz *Zur Entwicklung der Verfassungsgeschichtsschreibung in Deutschland*, in « *Sitzungsberichte der Deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin. Klasse für Philosophie, Geschichte, Staats-, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften* » (1956).
HATZIG Otto *Justus Möser als Staatsmann und Publizist* (Hannover-Leipzig 1909).
HÖHN Reinhard *Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson* (Berlin 1935).
HÖHN Reinhard *Otto von Gierkes Staatslehre und unsere Zeit* (Hamburg 1936).
HÖLZLE Erwin *Bruch und Kontinuität im Werden der deutschen modernen Freiheit*, in *Problem der Freiheit etc.* (Konstanz-Lindau 1955) ‹Vorträge und Forschungen, 2›.
HÖLZLE Erwin *Dahlmann und der Staat*, in « *Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* » 17 (1924).
HÖLZLE Erwin *Die Idee einer altgermanischen Freiheit vor Montesquieu* (München-Berlin 1925).
HUBER Ernst-Rudolf *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*. I: *Reform und Restauration 1789-1830* (Stuttgart 1957); II: *Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830-1850* (Stuttgart 1960).
JOLLES Matthys *Das deutsche Nationalbewußtsein im Zeitalter Napoleons* (Frankfurt 1936).
KÄGI Werner *Historische Meditationen* (Zürich sd).
KOSCHAKER Paul *Die Krise des römischen Rechts. Eine Untersuchung des positivistischen Rechtsbegriffs im besonderen Hinblick auf das rechtswissenschaftliche Denken Rudolf Sohms* (Hamburg 1936).
KRUPA Hans *Genossenschaftslehre und politische Neutralität*, in « *Schmollers Jahrbuch* » 66/2 (1942).
KRUPA Hans *Genossenschaftslehre und soziologischer Pluralismus*, in « *Archiv des öffentlichen Rechts* » (ns) 32 (1940).

LEMBERG Eugen *Geschichte des Nationalismus in Europa* (Stuttgart 1950).
LIVER Peter. Recensione al volume II dei ‹Vorträge und Forschungen› *Das Problem der Freiheit etc.*, in « *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* » 76 (1959).
MAYER Otto *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in *Festgabe für Paul Laband* I (Tübingen 1908).
MAYER Theodor *Analekten zum Problem der Entstehung der Landeshoheit, vornehmlich in Süddeutschland*, in « *Blätter für deutsche Landesgeschichte* » (1952); ora anche in *Herrschaft und Staat im Mittelalter* (Darmstadt 1956).
MAYER Theodor *Die Ausbildung der Grundlagen des modernen deutschen Staates im hohen Mittelalter*, in « *Historische Zeitschrift* » 159 (1939); ora anche in *Herrschaft und Staat im Mittelalter* (Darmstadt 1956).
MAYER Theodor *Fürsten und Staat* (Weimar 1950).
MAYER Theodor *Die Königsfreien und der Staat des frühen Mittelalters*, in *Das Problem der Freiheit etc.* (Konstanz-Lindau 1955) ‹Vorträge und Forschungen, 2›.
MAYER Theodor *Königtum und Gemeinfreiheit im frühen Mittelalter*, in « *Deutsches Archiv für Geschichte des Mittelalters* » (1943).
MAYER Theodor. Introduzione a H. HIRSCH *Die hohe Gerichtsbarkeit im deutschen Mittelalter* (Darmstadt 1958[2]).
MAYER Theodor *Staatsauffassung in der Karolingerzeit*, in *Das Königtum* (Lindau-Konstanz 1956) ‹Vorträge und Forschungen, 3›.
MEINECKE Friedrich *Die Entstehung des Historismus* (München 1959[3]).
MITTEIS Heinrich *Formen der Adelsherrschaft im Mittelalter*, in *Festschrift für Fritz Schultz* II (Weimar 1951).
MITTEIS Heinrich *Land und Herrschaft, Bemerkungen zu dem gleichnamigen Buch Otto Brunners*, in « *Historische Zeitschrift* » 163 (1941).
MITTEIS Heinrich. Recensione a O. BRUNNER *Land und Herrschaft* (1943[2]), in « *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* » 64 (1944).
MITTEIS-LIEBERICH *Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Kurzlehrbuch*. 5. Auflage von H. Lieberich (München 1958).
NEUMEISTER Annemarie *Romantische Elemente im Denken der liberalen Führer des Vormärz* (Leipzig 1931) Diss. Phil.
ONCKEN H[ermann] *Lasalle* (Stuttgart 1912[2]).
RAUMER Kurt VON *Absoluter Staat, korporative Libertät, persönliche Freiheit*, in «*Historische Zeitschrift* » 183 (1957).
RITTER Joachim *Hegel und die französische Revolution* (Köln-Opladen 1957).
ROSENMUND Richard *Die Fortschritte der Diplomatik seit Mabillon vornehmlich in Deutschland-Österreich* (München-Leipzig 1897).
ROSENSTOCK Eugen *Kriegsheer und Rechtsgemeinschaft* (Breslau 1932).
ROTHACKER Erich *Savigny, Grimm, Ranke*, in « *Historische Zeitschrift* » 128 (1923).
SAMTLEBEN Wolfgang *Die Idee einer altgermanischen Freiheit im vormärzlichen deutschen Liberalismus* (Hamburg 1935).
SCHIEDER Theodor *Staat und Gesellschaft im Wandel unserer Zeit* (München 1958).
SCHLESINGER Walter *Herrschaft und Gefolgschaft in der germanisch-deutschen Verfassungsgeschichte*, in « *Historische Zeitschrift* » 176 (1953); ora anche in *Herrschaft und Staat im Mittelalter* (Darmstadt 1956).
SCHLESINGER Walter *Über germanisches Heerkönigtum*, in *Das Problem der Freiheit etc.* (Lindau-Konstanz 1956) ‹Vorträge und Forschungen, 2›.
SCHMITT Carl *Der Begriff des Politischen* (München-Leipzig 1931[2]).
SCHMITT Carl *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft.* Mit einer Nachbemerkung in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54* (Berlin 1958).

SCHMITT Carl *Hugo Preuß, sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre* (Tübingen 1930).
SCHMITT Carl *Verfassungslehre* (München-Leipzig 1928).
SCHNABEL Franz *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert.* I: *Die Grundlagen* (Freiburg 1947³); II: *Monarchie und Volkssouveränität* (Freiburg 1949²); III: *Erfahrungswissenschaften und Technik* (Freiburg 1951²).
SCHNABEL Franz *Der Ursprung der vaterländischen Studien,* in « *Blätter für deutsche Landesgeschichte* » (ns) 88 (1951); Manuskriptdruck: 1955.
SCHULTE Johann Friedrich VON *Karl Friedrich Eichhorn, sein Leben und Wirken* (Stuttgart 1884).
SCUPIN Hans Ulrich *Justus Möser als Staatsmann und als Westfale,* in « *Westfälische Zeitschrift* » 107 (1957).
SMEND Rudolf *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht,* in (EIUSDEM) *Staatsrechtliche Abhandlungen* (Berlin 1955).
SRBIK Heinrich Ritter VON *Geist und Geschichte vom deutschen Humanismus bis zur Gegenwart* I (München-Salzburg 1950).
STINTZING R. - LANDSBERG E. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III 2 (München-Leipzig 1910).
STRAHM Hans *Stadtluft macht frei,* in *Das Problem der Freiheit etc.* (Konstanz-Lindau 1956) ‹Vorträge und Forschungen, 2›.
STUTZ Ulrich *Zur Erinnerung an Otto von Gierke,* in « *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* » 43 (1922).
STÜVE Gustav *Johann Karl Bertram Stüve nach Briefen und persönlichen Erinnerungen* I (Hannover-Leipzig 1900).
TELLENBACH Gerd *Europa im Zeitalter der Karolinger,* in *Historia Mundi* V (Bern 1956).
TELLENBACH Gerd. Recensione a A. WAAS *Die alte deutsche Freiheit,* in « *Historische Zeitschrift* » 164 (1941).
THEUNE Brigitte *Volk und Nation bei Jahn, Rotteck, Welcker und Dahlmann* (Berlin 1937).
VALENTIN Veit *Die deutsche Revolution von 1848-49* 2 v (Berlin 1930-1931).
VOSSLER Karl *Der Nationalgedanke von Rousseau bis Ranke* (München 1936).
WAAS Adolf *Herrschaft und Staat im deutschen Frühmittelalter* (Berlin 1938).
WAITZ Eberhard *Georg Waitz, ein Lebens- und Charakterbild* (Berlin 1913).
WEIS Eberhard *Geschichtsschreibung und Staatsauffassung in der französischen Enzyklopädie* (Wiesbaden 1956).
WELZEL Hans *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (Göttingen 1951).
WIEACKER Franz *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen 1952).
WIEACKER Franz *F. C. v. Savigny,* in « *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* » 72 (1955).
WILHELM Walter *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert* (Frankfurt 1958).
WOLF Erik *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (Tübingen 1951³).
ZIEGLER Heinz Otto *Die moderne Nation* (Tübingen 1931).
ZIMMERMANN Heinz *Staat, Recht und Wirtschaft bei Justus Möser* (Jena 1933).

REPERTORIO DELLE ABBREVIATURE

‹*ALR*›:	‹*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*›.
« *DAEMA* »:	« *Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters* » (Köln-Graz).
EICHHORN:	K. F. EICHHORN *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*. 4. verbesserte Ausgabe, 4 v (Göttingen 1832-1836).
GIERKE:	O. VON GIERKE *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. I: *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*; II: *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs* (Berlin 1873).
« *HJb* »:	« *Historisches Jahrbuch der Görresgesellschaft* » (München-Freiburg).
« *HZ* »:	« *Historische Zeitschrift* » (München).
MAURER *Einleitung*:	G. L. VON MAURER *Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt*. 2. Auflage mit ein Vorwort von H. Cunow (Wien 1896).
MAURER *Hofverfassung*:	G. L. VON MAURER *Geschichte der Fronhöfe, Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland* 4 v (Erlangen 1862-1863).
MAURER *Markenverfassung*:	G. L. VON MAURER *Geschichte der Markenverfassung in Deutschland* (Erlangen 1856).
MAURER *Städteverfassung*:	G. L. VON MAURER *Geschichte der Städteverfassung in Deutschland* 2 v (Erlangen 1869-1870).
« *MIOG* »:	« *Mitteilungen des Instituts für Oesterreichische Geschichtsforschung* » (Köln-Graz).
MÖSER:	J. MÖSER *Osnabrückische Geschichte*, in (EIUSDEM) *Sämtliche Werke*. Herausgegebene von ABECKEN, VI (Berlin 1843).
ROTH *Benefizialwesen*:	P. VON ROTH *Geschichte des Benefizialwesen von den ältesten Zeiten bis ins 10. Jahrhundert* (Erlangen 1850).
ROTH *Feudalität*:	P. VON ROTH *Feudalität und Untertanenverband* (Weimar 1863).
Staatslexikon:	*Staatslexikon oder Enzyklopädie der Staatswissenschaften*. Herausgegeben VON ROTTECK-WELCKER, 15 v (Altona 1834 ss).
« *VJSWG* »:	« *Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* » (Wiesbaden).
WAITZ:	G. WAITZ *Deutsche Verfassungsgeschichte* I-VIII (Kiel 1844-1878^{1}); I (1880^{3}); II 1 e 2 (1882^{3}).
« *ZSSR (G) (R)* »:	« *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung. Romanistische Abteilung* » (Weimar).

INTRODUZIONE

Il principale problema sollevato da ogni lavoro di storia della storiografia è indubbiamente quello relativo alla precisa individuazione e delimitazione del suo oggetto.

Si tratta in verità di un problema decisivo, in quanto finisce per coinvolgere la stessa legittimazione di ogni singola ricerca storico-storiografica. Se infatti da una parte non appare discutibile l'eccezionale livello a cui la storia della storiografia può elevare la considerazione storica, nella misura in cui non si limita alla pretesa di indagare, ricostruire ed interpretare determinati fenomeni storici, ma si allarga a tentare di comprendere le differenti forme di indagine, di ricostruzione e d'interpretazione di quei fenomeni stessi, spiegandone l'intrinseco collegamento e lo svolgimento unitario, dall'altra è pure certo che essa riesce a giustificarsi solo quando riesca davvero a raggiungere tali risultati.

È ovvio, in primo luogo, che la storia della storiografia non cessa di essere, innanzi tutto, ‹storia›. L'osservazione può forse apparire più banale di quanto non sia: essa in realtà nasconde invece la preoccupazione che il particolare oggetto della storia della storiografia (che consta non già di fatti bisognosi di interpretazione e spiegazione storica, ma di interpretazioni e spiegazioni storiche già compiute) possa talora indurre il ricercatore a svuotare quest'ultima di buona parte del suo contenuto critico, interpretativo, finendo per limitarla al suo aspetto meramente descrittivo, e riducendola in tal modo quasi a ‹cronaca› della storiografia.

Tale pericolo ne ingenera immediatamente un altro, dal quale è a sua volta aggravato. Può infatti accadere che lo scarso rigore critico eventualmente indotto dalla peculiarità dell'oggetto tipico della ricerca storico-storiografica, conduca il ricercatore a sottovalutare l'importanza che ha, anche per la storia della storiografia come per ogni altro settore della ricerca storica, la scelta e l'esatta definizione del campo specifico d'indagine. Quest'ultimo deve innanzi tutto rispondere il più possibile ai caratteri dell'autonomia, nei confronti degli altri campi d'indagine, e della compiutezza: dev'essere cioè isolabile come fenomeno unitario e conchiuso, per poter essere suscettibile di interpretazione omogenea e coerente.

Al di fuori di tali requisiti elementari non esiste ricerca storica: evidentemente neppure nel campo della storia della storiografia.

La necessità di una chiara delimitazione dell'oggetto di ricerca si afferma poi per un altro verso, relativo questa volta al metodo d'indagine, ai parametri e ai punti di riferimento che devono essere impiegati e che evidentemente variano per ogni singola ricerca, in rapporto appunto all'oggetto che questa ha assunto come proprio.

Dal momento che è proprio l'omogeneità dei criteri interpretativi impiegati, cioè l'unicità del metodo, a garantire all'indagine storica il carattere di scientificità, appare evidente la necessità, anche per la storia della storiografia, di un estremo rigore in questa direzione, al fine anche di non ridursi a mera opera di compilazione o, al più, di classificazione.

Al contrario, intento della storia della storiografia, rettamente intesa, è proprio di accentuare la preoccupazione critico-interpretativa applicandola all'oggetto che le è peculiare. Con essa non è più solo problema di individuare determinati fatti, coglierne le connessioni e tentarne l'interpretazione, bensì è questione di ricostruire nella loro essenza le interpretazioni già tentate di fenomeni storici particolari e di individuare le ragioni storiche di tali interpretazioni nella loro successione e reciproca dipendenza, in rapporto alle circostanze storiche dalle quali hanno tratto origine: in tal modo la storia della storiografia può assurgere a vera e propria storia del pensiero storico, ricostruito nei suoi filoni principali, nelle sue scuole e nei suoi orientamenti di fondo.

Questa caratteristica è ciò che fa della storia della storiografia la fase finale della considerazione storica: è la riflessione storica che si applica a sè stessa, e tenta in tal modo di cogliere le ragioni ultime e reali del proprio processo di formazione e del proprio divenire.

La storia della storiografia così intesa è il frutto più maturo dello storicismo, ed è insieme il passaggio necessario ed indispensabile perchè lo storicismo stesso non si svuoti di ogni suo contenuto positivo, riducendosi a mero e improduttivo relativismo. È insomma l'anello mancante della catena logica della considerazione storicistica, che permette a quest'ultima di saldare il cerchio e di ricominciare dall'inizio il gioco solo apparentemente vano dell'indagine storica. Un punto infatti è sicuramente certo: che di cerchio in cerchio, di costruzione in costruzione, la consapevolezza umana della propria storia diviene sempre più alta ed inconfutabile.

Il merito di Ernst Wolfang Böckenförde è di essersi saputo abilmente mantenere in questo contesto, i cui limiti, come ognuno sa, sono estremamente labili e sfuggenti. Di qui il pregio indiscutibile dell'opera di cui viene offerta la traduzione italiana, ed il suo valore paradigmatico per un settore di studi storici che purtroppo ha in Italia ben pochi cultori.

L'opera di Böckenförde rivela fin dall'inizio il suo buon diritto ad essere considerata vera opera di storia della storiografia, in base al criterio sopra sommariamente accennato: essa è infatti immune quasi totalmente dai difetti che sono stati indicati

come tipici di una certa concezione, del tutto inconsapevole e dunque non storica, della storia della storiografia. La sua indagine si riferisce ad un settore ben preciso e circoscritto dello studio storico, a quello cioè della storia costituzionale: disciplina certamente autonoma ed isolabile in quanto tale, e quindi degna di quella particolare considerazione ‹storicistica› che principalmente la storia della storiografia pone in grado di svolgere.

Il problema della delimitazione dell'oggetto d'indagine — che, in apertura a questa Introduzione, è stato indicato come essenziale ad ogni opera storico-storiografica — si pone tuttavia, almeno parzialmente, anche per Böckenförde, seppure in senso opposto a quello sopra mostrato: riguardo cioè alle limitazioni che nella sua opera egli porta al concetto di storia costituzionale. Non si tratta, come si vedrà più avanti, di limitazioni di ordine sostanziale — quanto meno in apparenza — ma di ordine funzionale. Egli si occupa, in primo luogo, soltanto della storia della storiografia tedesca: ciò implica una doppia esclusione, da una parte degli Autori non tedeschi, anche nel caso che si fossero occupati della costituzione tedesca, dall'altra degli Autori tedeschi che si sono occupati della storia costituzionale di paesi stranieri. La seconda delimitazione è invece di tipo cronologico, nel senso che viene da lui considerata solo la storia costituzionale tedesca dell'Ottocento.

Si tratta, a prima vista, di limiti giustificabili, dal momento che sembrano dettati dall'esigenza legittima di ridurre il più possibile l'ambito della ricerca, assicurandole contemporaneamente la necessaria penetrazione e completezza; senonchè la loro applicazione concreta fa sorgere il dubbio che essi vengano impiegati al servizio di una concezione limitata — questa volta però sul piano sostanziale — della stessa storia costituzionale. Essi infatti, benchè siano usati in modo formalmente ineccepibile, consentono in realtà all'Autore di escludere dalla sua considerazione taluni aspetti della storia costituzionale ottecentesca che difficilmente si inquadrerebbero nello schema interpretativo da lui generalmente impiegato e rischierebbero invece di spezzarne la linearità.

Così, quanto all'esclusione della storia costituzionale non tedesca, se vi è ben poco da obbiettare sulla mancata considerazione degli autori non tedeschi — anche se andrebbe pure tenuta in qualche conto, o almeno discussa, l'osservazione recente del Huber che crede di poter scorgere una profonda analogia dello sviluppo costituzionale in tutta Europa nel periodo dello Stato nazionale, tanto che esisterebbe in tale periodo un « übernationale Gesamtgeschehen »[1] — qualche dubbio invece sussiste sull'esclusione di studi come quelli dei tedeschi Rudolf von Gneist sul ‹Self-Government› inglese e Lorenz von Stein sui movimenti sociali in Francia.

Non meno inquietanti appaiono alcune conseguenze dell'altra limitazione ‹strumentale› introdotta dal Böckenförde, e fra queste, sopra tutto, la mancata considerazione dell'opera di Otto Hintze che è indubbiamente significativa non solo per

1. E. R. Huber *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789* II (Stuttgart 1960) VII, parla a questo proposito di una « gesamteuropäische Verfassungsgeschichte ».

i risultati concreti a cui giunge ma anche per le nuove strade che apre nel campo dell'indagine storica.

In realtà l'intero problema — considerato nelle sue denunciate implicazioni sostanziali — trova una spiegazione plausibile qualora lo si inquadri nella particolare concezione che Böckenförde ha della storia costituzionale, di cui egli è portato — nonostante tutto — a considerare con attenzione particolare il settore ‹giuridico›. Una posizione di partenza di tal genere condiziona tutto il suo atteggiamento critico e costituisce una delimitazione, di tipo sostanziale, alla sua indagine, la quale acquista certamente in uniformità e scorrevolezza ma resta tuttavia in qualche modo settoriale. Gli aspetti caratteristici della storia costituzionale ‹giuridica› — cioè quelli che le derivano dalle sue particolari motivazioni storico-ideologiche — divengono per lui elementi tipici dell'intera storia costituzionale, a discapito di altri aspetti che, per non potere essere inquadrati in un'analisi di tal genere, finiscono per non trovare altra sistemazione ed essere ignorati.

Prima di descrivere in modo più approfondito la concezione di storia costituzionale accettata da Böckenförde è tuttavia opportuno svolgere alcune premesse al fine di poter poi comprendere fino in fondo la sua posizione cogliendone tutte le implicazioni che vi sono contenute.

Il punto di partenza dell'esame da compiere riguarda il concetto di ‹Verfassung›, dal quale ovviamente dipende anche la definizione di ‹Verfassungsgeschichte›. Nel delimitare il suo ambito di ricerca, Böckenförde dichiara espressamente che il concetto di costituzione da lui assunto non s'identifica con quello ottocentesco ma con quello moderno, secondo cui la costituzione è « la concreta forma di ordinamento politico esistente in un determinato periodo ». Ciò permette di fissare subito la sua posizione di dipendenza nei confronti di una ben definita corrente di pensiero tedesca, riguardo ai problemi generali dello Stato, della costituzione e della loro storia. Si tratta dell'importante filone che, partendo da Schmitt, attraverso la decisiva mediazione di Otto Brunner, giunge fino a lui. Tale derivazione d'altra parte non si limita al solo concetto di ‹costituzione› ma investe l'intero atteggiamento metodologico di fondo che costituisce una delle principali peculiarità della corrente più avanzata della storia costituzionale tedesca.

Sotto questo profilo è particolarmente importante il risultato raggiunto da Otto Brunner riguardo alla relatività storica del concetto di Stato e degli altri concetti e distinzioni che da quello si sono fatti derivare:[2] da tale relatività consegue l'impos-

2. Tale questione è affrontata da Otto BRUNNER nel suo *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Oesterreich im Mittelalter* (Wien-Wiesbaden 1959⁴), nel Capitolo « Staat, Recht und Verfassung », Paragrafo « ‹Staat› und ‹Gesellschaft› », 111 ss.

Essa viene poi ripresa e svolta, sotto altri punti di vista, in O. BRUNNER *Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte*, in (PLURES) *Herrschaft und Staat im Mittelalter* (Darmstadt 1956) passim.

Va tuttavia notato che, trattandosi di un tratto metodologico di fondo dell'intera opera storiografica di Otto Brunner, esso è presente, in maniera più o meno esplicita, in tutta la sua produzione.

sibilità di applicare quei concetti ai fini di una corretta indagine storica di periodi diversi dall'età moderna di cui essi sono l'espressione.

La derivazione da Otto Brunner si completa peraltro di un aspetto ulteriore, altrettanto importante: infatti i risultati raggiunti dall'autore di *Land und Herrschaft* nelle sue indagini storiche concrete sulla costituzione medievale vengono impiegati costantemente da Böckenförde come parametro per giudicare la ‹modernità› dei singoli autori da lui considerati e per misurare ‹a contrariis› il loro distacco dalla realtà storica concreta ed invece la loro dipendenza dai motivi ideologici prevalenti nel loro tempo. Per la verità bisogna però aggiungere che Böckenförde assume quei risultati in chiave sempre apertamente critica, non nascondendo che essi, per taluni profili, necessitano di ulteriori approfondimenti e d'altra parte riconoscendo che in ogni caso costituiscono semplicemente il prodotto della ricerca più recente ed approfondita, essa pure probabilmente suscettibile della medesima critica ‹ideologica› impiegata nei confronti della letteratura storico-costituzionale precedente.

Alla luce di quest'ultima considerazione si può ribadire quanto è già stato affermato, in apertura di queste righe, a proposito della particolare validità ‹scientifica› propria di ogni storia della storiografia che sia consapevole della peculiarità del suo oggetto di ricerca, e che pertanto si mostri in ogni caso disponibile ad un atteggiamento liberamente critico nei confronti dei risultati a cui giunge. È tale disponibilità di fondo, così difficilmente raggiungibile e forse neppure del tutto auspicabile in altri tipi di ricerca storica, che fonda in certo modo una ‹superiorità› dell'indagine storico-storiografica per la quale, per definizione, nessun risultato della ricerca storica può acquistare definitività se non mediante il suo inserimento in uno svolgimento più o meno coerente ed omogeneo, nel quale ogni singolo momento è ragione ed effetto di tutti gli altri.

Per definire il concetto di costituzione di Böckenförde bisogna dunque rifarsi alla sistemazione compiuta in proposito da Carl Schmitt e ripresa da Otto Brunner, che la estende al di là del periodo storico per il quale Schmitt l'aveva forgiata, elevandola a strumento interpretativo valido in generale per ogni periodo storico. La costituzione ‹Verfassung› viene intesa in senso strettamente materiale, avalutativo, generale, prescindendo dai suoi possibili contenuti specifici ed avendo invece riguardo soltanto per gli elementi costitutivi di ogni organizzazione politica, per la sua struttura interna indispensabile, senza riferimento agli eventuali sistemi di valori e di ideali che la reggono o la improntano.[3]

L'importanza di una posizione di questo genere acquista completa evidenza, riguardo all'opera di Böckenförde, quando si rifletta che quest'ultima si riferisce particolarmente ad un periodo della storia tedesca ed occidentale, come l'Ottocento, che non a torto è stato definito l'epoca delle ideologie, e ad una ricerca che, sopra

3. La concezione, comune ai due Autori citati, di costituzione è tale per cui quest'ultima sarebbe « der konkrete Gesamtzustand politischer Einheit und sozialer Ordnung eines bestimmten Staates »: cfr. C. SCHMITT *Verfassungslehre* (Berlin 1957[3]) 3; O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 111.

tutto riguardo ai problemi costituzionali, non ha saputo nè potuto sottrarsi allo strettissimo condizionamento di quelle ideologie stesse.

Proprio per l'Ottocento, d'altra parte, l'accezione strettamente materiale del concetto di costituzione assume particolare importanza critica, non solo per Böckenförde ma anche già per Brunner e Schmitt. È ancora di quest'ultimo infatti la fondamentale distinzione fra ‹Verfassung› e ‹Konstitution›:[4] il primo concetto positivo, il secondo ideale, riferito ad un particolare contenuto ideologico, proprio appunto dell'Ottocento europeo: quello cioè elaborato ed eretto a propria bandiera dalla borghesia liberale, nel corso della sua lotta contro i fantasmi della monarchia assoluta.

All'individuazione di quella distinzione Schmitt era giunto grazie ad una sottile indagine critica. Nel corso dell'Ottocento l'unico concetto esistente di costituzione era quello ‹ideale› dal momento che, sotto la spinta dei sentimenti ideologici propri di quell'epoca storica, esso era stato identificato pienamente, con tutto il suo bagaglio di contenuti e di valori precisi — ed anzi proprio a causa di essi —, con la costituzione in senso stretto, la quale non poteva darsi al di fuori o tanto meno contro di esso.

In tal modo si era attestato un concetto particolare, distintivo di costituzione: quest'ultima non rappresentava più la caratteristica necessaria di qualsiasi ‹Stato›, al contrario invece esistevano Stati provvisti o meno di costituzione, a seconda che i loro ordinamenti adempissero o meno alle istanze ideologiche liberal-borghesi.[5] Così si parlava di « konstitutionellen Staatsverfassung », di « costituzione costituzionale »: ciò che sarebbe completamente privo di senso se al concetto di costituzione 〈Verfassung〉 non venisse collegato un programma politico preciso e definito.

La costituzione, da struttura interna di ogni tipo di organizzazione politica, si ridusse a sistema di garanzie della libertà borghese: suoi caratteri tipici diventarono in primo luogo la codificazione dei diritti fondamentali di libertà dell'individuo (nella scia della costituzione americana e francese), ed in seguito la divisione (meglio separazione) dei poteri, che costituiva lo strumento organizzativo necessario per la garanzia dei diritti individuali. Un concetto di costituzione di tal genere, così profondamente imbevuto di significati e contenuti ideologici, non poteva non influire sulla stessa ricerca storico-costituzionale ottocentesca, che appunto da esso prendeva le mosse. Da ciò risulta, senza bisogno di ulteriori spiegazioni, l'importanza che la distinzione introdotta da Schmitt ha avuto per l'indagine di Böckenförde, orientata appunto a riconoscere di quella storia costituzionale i profondi motivi e condizionamenti storico-ideologici.

Ma l'eccezionale rilevanza della distinzione introdotta da Schmitt e sviluppata da Brunner appare in maniera ancora più evidente sotto un altro profilo, che pure è presente, come si vedrà fra breve, nell'opera di Böckenförde.

L'individuazione del concetto materiale di ‹costituzione›, conseguenza della chiara

4. C. Schmitt *Verfassungslehre* cit., 36 ss. Il concetto è ripreso ed accolto da O. Brunner *Moderner Verfassungsbegriff* cit., 6.

5. C. Schmitt *Verfassungslehre* cit., 36; O. Brunner *Moderner Verfassungsbegriff* cit., 6.

distinzione fra ‹Verfassung› e ‹Konstitution›, permette infatti di cogliere la prima come momento p e r e n n e della storia politica dell'umanità, riducendo la seconda a semplice sua forma di realizzazione storica. In tal modo, acquista piena legittimazione la storia costituzionale, che assurge ad autonomia e a validità scientifica solo nella misura in cui l'oggetto della sua considerazione possiede il carattere dell' u n i v e r s a l i t à .[6]

Assumendo tale punto di vista, Böckenförde si pone perciò in condizione di potere legittimamente svolgere la sua indagine storico-storiografica, la quale non resta così limitata a semplice storia di ricerche particolari, ma riceve dall'universalità di oggetto del settore storiografico che esamina e dalla conseguente autonomia scientifica di quest'ultimo, un'ampiezza e una obbiettività incondizionate.

Naturalmente, nulla toglie a questa osservazione il fatto che la storiografia costituzionale tedesca ottocentesca, di cui Böckenförde specificamente si occupa, fosse metodologicamente orientata in altra direzione, e facesse riferimento, in particolare, ad un concetto ‹ristretto›, ‹ideale› di costituzione 〈Konstitution〉. Ciò non è evidentemente altro che un aspetto c o n t i n g e n t e della storiografia costituzionale, che dev'essere colto e spiegato in relazione alle particolari circostanze storiche del tempo, che ha cioè bisogno di essere s t o r i c i z z a t o . Anche e sopra tutto in tale opera di storicizzazione — che, come si vedrà, costituisce l'apporto determinante del lavoro di Böckenförde — consiste infatti il significato di ogni storia della storiografia. Solo in tal modo essa può contribuire in misura decisiva a scoprire e fondare il metodo della ‹storia› particolare che considera, nello spirito stesso di quest'ultima: « accertando cioè che cosa di volta in volta, consapevolmente o meno, i rappresentanti di quel ramo scientifico hanno considerato materia delle loro ricerche, e con quali criteri essi hanno condotto queste ultime ».[7]

Per tornare infine, ancora una volta, alla portata della distinzione schmittiana fra ‹Verfassung› e ‹Konstitution›, va osservato che particolarmente sintomatica è la sua accettazione da parte di Autori che, per posizione di partenza, per approccio metodologico e per tipo di risultati a cui giungono, non possono essere considerati seguaci di Schmitt e Brunner.

È il caso, per limitarsi a qualche esempio nel solo campo storiografico, da una parte di Heinrich Mitteis, che distingue chiaramente fra ‹Verfassung› e ‹Konstitution› (« die ein Staat jeweils hat »);[8] dall'altra di Ernst Rudolf Huber, che definisce impli-

6. Sul punto si vedano le annotazioni di G. F. MIGLIO *Premesse ad una metodologia della storia amministrativa*, in « *Annali della Fondazione italiana per la storia amministrativa* » I (1964) 12. Degno di nota è particolarmente il discorso che il Miglio fa seguire dal carattere di ‹universalità› proprio di ogni storia avente validità scientifica: cioè la possibilità di poter applicare ad essa il procedimento d'indagine tipologico, che dà a sua volta origine a due diversi modi di interpretazione, entrambi validi ed indispensabili ai fini scientifici: l'interpretazione g e n e a l o g i c a e quella a n a l o g i c a delle istituzioni.

7. Si riporta qui, pressochè testualmente, un giudizio espresso da G. F. MIGLIO *Premesse* cit., 16, a proposito della storia della storiografia amministrativa. La validità generale del discorso colà compiuto permette tuttavia la sua estensione anche al campo, che qui particolarmente interessa, della storia della storiografia costituzionale.

8. H. MITTEIS *Land und Herrschaft. Bemerkungen zu dem gleichnamigen Buch Otto Brunners*, in (PLURES) *Herrschaft und Staat* cit., 22-23.

citamente la ‹Konstitution› come « geschriebene, gewaltenteilende, repräsentative Verfassung ».[9] Otto Meisner infine contrappone ad un concetto materiale di costituzione ‹Verfassung›[10] — che, in senso ampio, comprende « die Beziehungen der Gesellschaft, Parteien und Individuen, der Wirtschaft, Gemeinden und Konfessionen zum Staat, aber auch das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative, Politik, Regierungsform und Staatsbildung, Zivil und Militär »: insomma, per usare l'espressione di Rudolf von Gneist, che egli richiama, « die Wechselwirkung zwischen der grössten und kleinsten Verhältnissen, in unübersehbaren Verzweigungen » — un concetto puramente formale, la cui principale caratteristica è costituita dalla ‹codificazione› in un documento scritto, per solito unitario e sistematico, ma che deve inoltre rispondere al requisito della rigidità e deve adeguarsi ai principî del movimento politico che la esprime, com'è avvenuto nell'esempio più importante, rappresentato dal liberalismo e dalla relativa ‹konstitutionnelle Verfassung›.[11]

Un contesto estremamente valido e stimolante per inquadrare in termini più rigorosi — anche dal punto di vista giuridico — la questione in oggetto è infine offerto dalle considerazioni di un illustre costituzionalista italiano: Costantino Mortati.[12] Non diversamente dagli autori che sono stati fin qui considerati, il Mortati individua con chiarezza l'esistenza di un nesso fra la tradizionale concezione ‹formale› di costituzione e precise preoccupazioni meta-giuridiche: « in sostanza la funzione di tali costituzioni fu di realizzare un nesso fra le strutture organizzative ed il fine politico generale proprio dell'ideologia liberale ».[13]

Da questa premessa discende la distinzione fra un concetto ‹assoluto›, ‹sostanziale›, o anche ‹materiale› di costituzione, ed uno ‹relativo› o ‹formale›; il primo inteso a « designare il principio di ordine fondamentale insito in ogni specie di Stato, quali che ne siano il contenuto ed i modi di esplicazione », il secondo invece storica-

9. Quanto al suo concetto ‹sostanziale› di costituzione, cfr. E. R. HUBER *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., III 5: « Verfassung ist kein blosses System des Staatsrechts und überhaupt keine Erscheinung in der Welt des blossen Rechts. Sie ist vielmehr ein Gesamtgefüge geistiger Bewegungen, sozialer Auseinandersetzungen und politischer Ordnungselemente - ein Inbegriff von Ideen, Interessen und Institutionen, die sich im Kampf, in Ausgleich und in wechselseitiger Durchdringung jeweils zum Ganzen der Verfassungswirklichkeit einer Epoche verbinden ».

10. H. O. MEISNER *Verfassung, Verwaltung, Regierung in neuerer Zeit* (Berlin 1962) 5. Meisner intende a costituzione come « Aufbau und Organisation der verschiedenen Kräfte, die das Staatsleben bestimmen ».

11. MEISNER *Ibid.* 8.

12. Prendendo le mosse dal significato diffusamente attribuito alla denominazione ‹costituzione›, alla fine del processo di evoluzione storica a cui è stata sottoposta lungo tutta la storia occidentale, il Mortati fissa tre caratteri tipici di tale concetto di costituzione. Il primo inerente alla titolarità unica ed imprescindibile da parte del popolo del potere di dar vita, con atto unilaterale, all'ordine costituzionale; il secondo « consistente nella redazione per iscritto, attraverso un procedimento particolarmente solenne, di un complesso di norme, coordinate fra loro in modo organico, regolanti i principi ritenuti essenziali all'assetto statale »; l'ultimo attinente al fine politico della tutela della libertà dei cittadini di fronte allo Stato: C. MORTATI *Costituzione* (*Dottrine generali*), in *Enciclopedia del diritto* XI (Milano 1962) 143; ma, più in generale, è d'obbligo il rimando al fondamentale lavoro *La costituzione in senso materiale* (Milano 1940).

13. Tale convinzione è così radicata e collima a tal punto con le considerazioni critiche, già richiamate, dello Schmitt e dei suoi seguaci verso la ‹Konstitution› di stampo ottocentesco, che lo stesso Mortati parla di ‹costituzionalismo› proprio con riferimento alla stessa esperienza politica, liberal-democratica, dell'Ottocento europeo: « La crisi del costituzionalismo non è che il riflesso della crisi dello Stato, qual è derivata dalle profonde trasformazioni sociali intervenute » (C. MORTATI *Costituzione* cit., 144-147).

mente condizionato e caratterizzato da contrassegni specifici.[14] L'esame del nesso esistente fra quei due concetti di costituzione passa poi attraverso la figura obbligata dell'o r d i n a m e n t o, necessario al fine di cogliere e sistemare, da un punto di vista unitario, l'intera esperienza giuridica: esso a sua volta induce l'esigenza di risalire ad una fondamentale struttura organizzativa, capace, in quanto tale, di costituire, giustificare e garantire l'ordinamento stesso.[15]

Il Mortati reagisce all'impostazione ‹pura›, tipica della posizione kelseniana, ribadendo che l'osservazione del fatto primigenio dell'esperienza giuridica — e quindi anche di quella costituzionale — rientra essenzialmente fra i compiti del giurista: «il sistema normativo ha la sua radice ed il suo fondamento ultimo in una realtà sociale. Il principio primo di tale sistema... poggia su un supporto reale, che opera quale fonte di giuridificazione e conferisce ad esso validità».[16] Una volta ammessa l'esistenza di un rapporto giuridicamente rilevante fra l'ordine concreto di una Società ed il sistema costituzionale positivo instaurato in questa, il punto-chiave del discorso va posto nella considerazione della società sottostante alla costituzione formale, come già in sè strutturata sulla base di certi orientamenti fondamentali, sufficienti ad ispi-

14. «Costituzione in senso formale» per indicare un complesso di norme differenziate dalle altre per via di contrassegni esteriori, e formanti altresì un tutto unitario, indipendentemente dal loro contenuto. Per un processo logico facilmente comprensibile, alla luce dell'interesse prevalentemente giuspositivistico che ha caratterizzato fino in tempi recentissimi l'approccio ai problemi dello Stato, i caratteri ‹formali› della costituzione intesa in quel senso ristretto hanno finito per trasformarsi in elementi non solo necessari ma spesso sufficienti della costituzione stessa. Si tratta del risultato di un'assolutizzazione di caratteri originariamente legati a contingenze storiche, che tuttavia vengono eretti dall'ideologia che presiedette alla formazione delle prime costituzioni moderne a caratteri «necessari ad integrare il concetto stesso di costituzione» (C. MORTATI *Costituzione* cit., 144 ss).

D'altra parte, la diffusione dell'interesse della Scienza del diritto per lo studio della costituzione segue da vicino l'espandersi dell'uso delle costituzioni scritte. Ciò si spiega con facilità pensando che l'attenzione dei giuristi doveva sentirsi specialmente attratta a tale studio quando essi poterono porre a suo oggetto un corpo più o meno organico di norme, qual era quello consacrato nelle costituzioni scritte, ed applicare al medesimo gli strumenti propri della dommatica giuridica.

15. Qui sorge il grave problema metodologico se la ricerca di tale struttura rientri ancora nei compiti della scienza giuridica o pertenga piuttosto ad altre discipline, come ritiene il positivismo agnostico e critico, che si limita a porre la necessità logica di ipotizzare una norma-base, intesa addirittura quale condizione di pensabilità dell'intero fenomeno giuridico, ma si rifiuta di intenderla in senso concreto, e di indagarla, limitandosi invece a considerarla mera norma ‹ipotetica› «avulsa dalla struttura su cui si radica, relegata nel campo dell'inconoscibile giuridico» (C. MORTATI *Costituzione* cit., 150 ss).

16. C. MORTATI *Costituzione* cit., 154. Da qui dunque la necessità di indagare a fondo la ‹costituzione materiale›, al fine di individuarne i caratteri essenziali. Compito al quale si sono accinte scuole diverse, proponendo soluzioni spesso infruttuose. È il caso delle concezioni ‹realistiche› o ‹empiriche›, di quelle ‹organicistiche›, di quelle ‹nazionali›, ed anche, in sostanza, di quelle ‹istituzionali›, tanto francesi (Duguit, Hauriou), che italiane (Santi Romano), che tedesche (Smend, Schmitt), nessuna delle quali ha potuto raggiungere un sufficiente grado di determinatezza. In questa luce viene sottoposto a critica lo stesso sforzo scientifico di Carl Schmitt, anche se in più occasioni ne viene sottolineata l'indubbia importanza: «il merito dello Schmitt si esaurisce quindi nella riaffermazione dell'esigenza di includere nella categoria della statualità, come componente necessaria alla sua configurazione giuridica, il ‹concreto ordine ed assetto della società› sottostante al sistema normativo, quale risulta da un principio politico che lo permea in ognuna delle sue strutture e ne forma la costituzione, e di cui il sistema predetto non è causa ma conseguenza, senza però che riescano spiegate la natura e la consistenza del rapporto che, secondo le premesse, dovrebbe postularsi fra il sostrato reale e la costituzione formale. È vero che lo Schmitt ha, meglio di quanto non sia accaduto al Romano, avvertito l'impossibilità di spiegare la fenomenologia di uno Stato concreto in termini di puro normativismo, ma la imprecisione dei caratteri attribuiti alla decisione sul modo di essere politico di una società che diviene Stato non consente di intendere i modi ed i limiti della funzione che ad essa compete» (C. MORTATI *Costituzione* cit., 161).

rare il sistema dei rapporti economici, religiosi, culturali ecc. che in essa si svolgono: « In altri termini, l'organizzazione sociale, per porsi a base della costituzione, deve presentarsi in qualche modo già politicamente ordinata, secondo la distribuzione delle forze in essa operanti e le posizioni di sopra e sotto-ordinazione che queste determinano ».[17] In tal senso, la costituzione diventa nient'altro che lo strumento idoneo alla tutela degli interessi delle forze dominanti nella Società organizzata (‹classe governante›, nella duplice specificazione di ‹classe dirigente› e ‹classe politica›).

Si conclude così, per quel che qui interessa, lo sforzo di ‹tipizzazione› del Mortati, rivolto, com'è evidente, ad esplicite finalizzazioni giuridiche, ma sicuramente recepibile nei suoi risultati, anche in una prospettiva storico-scientifica. In quest'ultima sede potrà rivestire scarso interesse, ed essere magari anche criticata e contestata, l'affermazione secondo cui « la società da cui emerge ed a cui si collega ogni particolare formazione statale possiede una sua intrinseca n o r m a t i v i t à, quale le è appunto data dal suo ordinarsi intorno a forze ed a fini politici ».[18] Non si potrà tuttavia non tenere conto della conclusione finale che riconduce il fenomeno costituzionale agli « interessi fondamentali dei gruppi sociali di cui è espressione », e che individua con estremo realismo il ruolo della ‹costituzione formale› nel consolidamento, nella stabilizzazione e infine nella garanzia del dominio dei gruppi stessi.

Allo stesso modo dovrà essere accolta la critica che il Mortati compie dell'« ideologia costituzionalistica di tipo liberale », e della corrispondente dottrina giuridica che, partendo da una concezione puramente ‹negativa› di Stato, vede soddisfatto il fine di quest'ultimo « con il rispetto delle strutture formali a ciò preordinate dalla costituzione ». La stessa definizione che Mortati implicitamente dà della ‹costituzione materiale›, individuandola come « risultante dall'organizzazione delle forze sociali stabilmente ordinate intorno ad un sistema di interessi e di fini ad esse corrispondenti »,[19] appare perfettamente in linea con la prospettiva da cui ci si è fin qui posti nell'esame del concetto di costituzione.

Tanto più utile poi apparirà la sua applicazione al tema che qui interessa — relativo al concetto di ‹storia costituzionale› — nella misura in cui sarà possibile espungere da essa ogni preoccupazione specificamente ‹giuridicistica›, ed in particolare liberare l'intera concezione ‹costituzionale› dal suo costante riferimento al concetto di ‹Stato›. Solo allora il significato ‹strutturale› di costituzione potrà apparire in tutta la sua ampiezza e validità ed essere sfruttato nella maniera più compiuta: s'intenderà allora con sicurezza l'identità stabilita, in tale contesto, dal Brunner fra storia costituzionale e storia sociale o anche strutturale.

Neppure il Böckenförde tuttavia riesce a porsi in una posizione così ‹critica› nei confronti dell'imperante cultura giuspositivistica, anche se continua ad essere rilevante, per lui pure, la distinzione fra costituzione in senso formale ed in senso sostan-

17. Mortati *Costituzione* cit., 162.
18. Mortati *Ibid.* 165.
19. Mortati *Ibid.* 168.

ziale, così com'è qualificante l'assunzione piena, da parte sua, del concetto materiale di ‹Verfassung›. Infatti, ai fini di una corretta definizione di quel che Böckenförde intende per storia costituzionale, appare ancora decisivo il riferimento alla sua formazione di tipo spiccatamente giuridico, che lo porta frequentemente ad assumerne le posizioni e gli atteggiamenti caratteristici.

La storia costituzionale è per Böckenförde una disciplina scientifica autonoma, avente per oggetto la descrizione delle strutture interne e dei diversi tipi di ordinamento, e dunque rigorosamente distinta tanto dalla storia del diritto privato o penale che dalla storia economica. Non invece dalla storia generale del diritto, con la quale ha ampio terreno in comune, quanto all'oggetto di studio, e numerosi punti di contatto, quanto ai risultati.[20] Si tratta, come si vede, di una concezione particolarmente ristretta della storia costituzionale, pur basata sul concetto materiale di ‹Verfassung›, ma decisamente orientata in senso giuridico.

Ciò si scorge chiaramente attraverso un raffronto con Otto Brunner, che pure continua ad essere il principale punto di riferimento dell'indagine di Böckenförde, anche per quel che riguarda l'atteggiamento metodologico di fondo.

La posizione di Brunner sembra essere, in realtà, assai più articolata e critica; egli infatti, pur riferendosi, nei suoi brevi cenni di storia della storiografia costituzionale tedesca, solo al periodo successivo alla metà del secolo XIX — al fine di riferire al positivismo giuridico dominante la crisi grave della storia costituzionale, ridotta per lo più a semplice storia del diritto costituzionale, e smembrata e diluita, per il resto, in una serie di discipline storiche affini, non specificamente costituzionali, ma interessate ed attente anche ai problemi costituzionali — tuttavia in quest'ambito apertamente proclama, in polemica con l'accezione ‹giuridica› della storia costituzionale, l'esigenza per quest'ultima di superare gli stretti confini imposti dal metodo giuridico e di allargare il campo d'interesse e di studio, limitato e visibilmente condizionato dal quadro della ‹Konstitution› liberale ottocentesca.[21] La storia costituzionale del futuro ha per lui la necessità di abbracciare orizzonti più vasti, di considerare cioè in modo unitario ed organico l'intero complesso delle attribuzioni statali, l'insieme delle « konkreten Verfassungsgefügen ».[22]

Questa concezione della storia costituzionale, a cui Brunner fa riferimento, arrivando a definirla, nel suo senso più ampio, come ‹Strukturgeschichte›,[23] viene assunta come unica accezione possibile da autori altrettanto rappresentativi.

È innanzi tutto il caso di Fritz Hartung il quale, in un breve, non recentissimo, saggio sulla storia della storiografia costituzionale tedesca,[24] ha tracciato un panorama

20. Si vedano, in proposito, anche le osservazioni compiute da K. Dülfer nella recensione all'opera di Ernst Wolfgang Böckenförde, in « *Historische Zeitschrift* » 197 (1963) 612.

21. Cfr. O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., Capitolo « Staat, Recht und Verfassung », Paragrafo « Verfassungsgeschichte als Geschichte des Verfassungsrechts » 120 ss; *Moderner Verfassungsbegriff* cit., 11.

22. Per una brillante sintesi critica della posizione metodologica di Otto Brunner si veda l'importante recensione a *Land und Herrschaft* da parte di Heinrich Mitteis *Land und Herrschaft* cit., passim.

23. O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., 164 e nota 1.

24. F. Hartung *Zur Entwicklung der Verfassungsgeschichtsschreibung in Deutschland*, ora in (eiusdem) *Staatsbildende Kräfte der Neuzeit. Gesammelte Aufsätze* (Berlin 1961) 431-469.

succinto ma completo del suo sviluppo, soffermandosi con particolare interesse sulla fase di esso in cui apparve chiaro — anche se per motivi estranei alla storia costituzionale in senso stretto — che non era più possibile continuare ad esaminare la storia della costituzione sulla base del concetto liberale ottocentesco di ‹Konstitution›, limitandosi perciò agli aspetti formali, di impronta giuridica della costituzione, ma era necessario rivolgere l'attenzione ai movimenti sociali di fondo che stavano dietro le spesso vuote ed inefficaci formulazioni dottrinarie.

In tal modo Hartung ha potuto occuparsi di autori ignorati da Böckenförde, specificamente di Wilhelm Roscher e di Gustav Schmoller (per tacere poi di Otto Hintze), fra i massimi esponenti della Scuola storica dell'economia, i quali, se non vengono considerati neppure da lui storici costituzionali in senso stretto, meritano tuttavia ampia considerazione anche in quel contesto, per le caratteristiche delle ricerche che hanno svolto e dei risultati che hanno raggiunto.

Per concludere l'esame delle diverse concezioni moderne della storia costituzionale, conviene riferirsi al contributo più recente che, in quel settore, la Germania ci ha offerto: al monumentale trattato di Ernst Rudolf Huber, con il quale si giunge ad un concetto veramente amplissimo di storia costituzionale, conseguente, d'altra parte, all'altrettanto ampio concetto che lo stesso Huber, come si è visto, ha di ‹costituzione›.[25]

Neppure per Huber la storia costituzionale si deve ridurre a storia del diritto costituzionale — per quanto importante quest'ultimo possa essere come specchio di tutto ciò che ha attinenza con la costituzione di un paese — ma deve allargarsi a comprendere « i fatti storici, i dati biografici, gli sviluppi economici e spirituali... i conflitti politici... in modo da rendere palese come dal contrasto di queste individualità diverse e contrapposte si viene creando l'insieme di un ordinamento stabile e duraturo: cioè la costituzione ».[26] Per Huber la costituzione di un paese in un certo momento storico è il prodotto del confluire — attraverso lotte e contrasti, accordi e compromessi, tensioni e accomodamenti — di diverse norme ed istituzioni statali, di interessi economici e politici, di idee e di ideologie; e la storia costituzionale è la ricostruzione e la descrizione di tale processo di formazione, spesso confuso e alternato di vittorie e di sconfitte.[27]

La ristrettezza del concetto di storia costituzionale proprio di Böckenförde, che si è cercato di documentare sul piano teorico, riceve una decisiva verifica sul piano

25. Si tratta della già più volte citata *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789* che ha già raggiunto la ragguardevole mole di tre grossi tomi ma è tuttora incompleta. Dell'importanza scientifica di tale lavoro, per qualche aspetto perfino a livello monografico, si può leggere in K. EPSTEIN *A new German constitutional history*, in « *The Journal of Modern History* » 34 (1962) 307-311.

26. E. R. HUBER *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., I VII.

27. Tutto ciò si spiega in base al concetto spiccatamente ‹sostanziale› di costituzione che è proprio di Huber. A questo proposito si veda anche la già citata recensione all'opera di Huber: K. EPSTEIN *A new German* cit., in cui l'Autore sostiene: « He postulates the existence of a constant dialectical tension between the (relative) autonomy of each and the (substantial) interdependence of all departments of social life ». Il riferimento specifico a quanto detto nel testo si può trovare in E. R. HUBER *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., II VII.

concreto dalla scelta che lo stesso Böckenförde compie degli storici ottocenteschi della costituzione degni di essere studiati come tali. Egli si dimostra, a questo proposito, particolarmente severo, trascurando autori importanti, sia per il loro contributo immediato alla ricerca storico-costituzionale che per il loro influsso sul successivo sviluppo di quest'ultima.

Il problema non si pone per le prime generazioni di studiosi: a partire da Eichhorn, attraverso i Germanisti, fin verso la metà del secolo, le origini e lo svolgimento della storia costituzionale furono indubbiamente di impronta giuridica, storicamente legati com'erano alla Scuola storica del diritto. Quando invece sorge e si attesta il movimento di pensiero legato alla Scuola storica dell'economia, il problema si fa più complesso: Böckenförde ignora infatti quasi programmaticamente i contributi provenienti da questa parte e continua a considerare solo le opere che si inquadrano nella concezione ristretta di storia costituzionale. In tal modo il suo esame si limita a quella corrente storico-costituzionale di inequivocabile impronta giuridica che va sotto il nome di ‹juristische Rechtsgeschichte› e di cui si è già accennato parlando delle ricerche di Otto Brunner.[28]

Nel corso della presente Introduzione sono già stati sollevati dubbi sulla possibilità di rinunciare in modo tanto drastico all'esame di risultati, di ordine storico-concreto, che, seppure ottenuti accidentalmente o marginalmente nell'ambito di discipline non rientranti rigorosamente nella concezione ristretta di storia costituzionale, presentano tuttavia notevole interesse, se non altro perchè talora divergenti o contrastanti da quelli che invece sono generalmente propri della storia costituzionale in senso stretto. Si è pure accennato, inoltre, alla grave conseguenza derivante da ciò, nel senso che resta preclusa la via per spiegare, in termini storici, il passaggio ad un tipo di considerazione cronologicamente successiva a quella esaminata da Böckenförde — quella cioè facente capo ad Hintze — la cui importanza, questa volta non accidentale, sia sul piano del metodo che su quello dei risultati scientifici raggiunti è certamente fuori discussione.[29] Ma vi sono altre due conseguenze, implicite nell'atteggiamento rigoroso di Böckenförde, che meritano di essere considerate.

La prima è costituita dall'importanza e dalla peculiarità della spinta ideologica di fondo e dei modelli costituzionali presupposti dalla ricerca storico-costituzionale ignorata da Böckenförde. Ciò non sarebbe di grande rilievo, se il lavoro di quest'ultimo non fosse precisamente orientato all'indagine e alla descrizione delle problematiche e dei modelli politico-ideologici sui quali storicamente le diverse ricerche di storia costituzionale ottocentesche si fondavano. Sembra evidente che, in una simile prospettiva, scegliendo una posizione metodologica tanto ristretta, il Böckenförde ha perduto l'occasione di offrire un quadro completo dei rapporti esistenti fra ricerca storica e situazione politica nel corso del XIX secolo. Poichè infatti dal

28. Cfr. ‹retro› nota 13.

29. Al contrario, proprio a questa nuova fase della storiografia costituzionale, ed ai suoi prodromi, fa particolare riferimento l'indagine di F. HARTUNG *Zur Entwicklung* cit.

corso complessivo del lavoro risulta con particolare chiarezza che la preoccupazione per la corretta e precisa individuazione di tale relazione è preponderante nei confronti di quella di realizzare semplicemente una concreta storia della storiografia, sembra di potere affermare che l'esigenza di offrire un quadro completo di tali rapporti poteva allo stesso modo avere la meglio nei confronti del bisogno di una definizione tanto rigorosa e ristretta di storia costituzionale.

Nè ciò basta, poichè da questa osservazione ne discende un'altra, meno importante sul piano sostanziale, ma forse più caratteristica. La storiografia costituzionale esaminata da Böckenförde limitava generalmente il suo interesse e la sua indagine alle condizioni costituzionale e ‹statali› dell'antichità e sopra tutto del Medioevo, non superando mai il limite d'inizio dell'età moderna. Orbene, in modo solo apparentemente strano, la storiografia trascurata da Böckenförde ha invece la caratteristica opposta di occuparsi esclusivamente o in modo pressocchè esclusivo delle condizioni dell'età moderna e spesso specificamente di quelle proprie dello Stato assoluto. Quanto è stato appena detto sulla difformità di fondo, anzi sulla antiteticità dei motivi storico-ideologici sottostanti ai due tipi d'indagine, impedisce ora di accettare come insignificante tale coincidenza e spinge d'altra parte a cercare di andare oltre le giustificazioni da qualche parte portate a spiegazione di essa.

Fritz Hartung ad esempio fa dipendere il legame fra storia costituzionale di impronta giuridica ed interesse per i problemi costituzionali alto-medievali dalla particolare abbondanza di fonti di quel periodo a disposizione, nel primo Ottocento, degli storici.[30] L'osservazione è indubbiamente esatta ed ineccepibile sul piano strettamente tecnico, ma non va dimenticato d'altra parte che le fonti relative al periodo assolutistico da poco superato o addirittura ancora in via di superamento non vi era nessun bisogno di reperirle, dal momento che erano a disposizione di chiunque volesse impiegarle. Inoltre resta sempre il problema di spiegare per quale ragione in quel periodo ci si fosse dedicati con tanto entusiasmo alle fonti medievali, trascurando del tutto periodi altrettanto compiuti ed isolabili storicamente. Le ragioni di ciò sono in realtà ben note e sono state abbondantemente esaminate da un'ampia letteratura interamente dedicata all'argomento;[31] non diverse ed altrettanto significative sono le spiegazioni che possono essere dedotte dallo studio delle origini e dello svolgimento della concezione storicistica ed in particolare della Scuola storica del diritto. Sono, com'è noto, ragioni strettamente dipendenti proprio dalle premesse ideologiche e storico-istituzionali che lo stesso Böckenförde riconosce e tanto bene individua come tipiche della storiografia costituzionale da lui presa in esame.[32]

30. Hartung *Ibid.* 443.

31. Su questo problema si veda, per tutti, F. Meinecke *Le origini dello storicismo* (Firenze 1954) e la letteratura ivi citata, nella Introduzione.

32. Per una considerazione complessiva, anche se sintetica, dell'intero problema, ed in particolare per la questione della contrapposizione, verificatasi in campo dottrinario, fra ‹Stato di diritto› e ‹Stato di polizia›, si veda il recentissimo lavoro di H. Maier *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft). Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Wissenschaft in Deutschland* (Neuwied am Rhein-Berlin 1966) 22 ss. e la letteratura ivi citata. Essenziale resta anche il riferimento a F. Wieacker *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (Göttingen 1952).

Un'indagine dello stesso problema per quanto riguarda la restante parte di quest'ultima porta alle medesime conclusioni: tra la storia costituzionale di derivazione ‹staatswissenschaftliche› ed il particolare suo interesse per i problemi dello Stato assoluto e di polizia il legame non è certamente più accidentale che nel caso precedente. Ed ancora una volta la spiegazione di tale legame si trova nel particolare mondo spirituale ed istituzionale da cui la storiografia costituzionale prende le mosse ed è sorretta, nelle sue motivazioni ed implicazioni ideologiche.

Si tratta, come si vede, di obbiezioni che non riguardano la correttezza del metodo impiegato da Böckenförde nel definire il suo settore di indagine, nè si riferiscono al modo in cui quel metodo viene impiegato o ai risultati ai quali, grazie ad esso, egli giunge. Tuttavia è parso necessario formularle proprio per la ragione appena esposta relativa alla particolarità dello studio di Böckenförde, che non si vuole limitare ad una diligente ricostruzione e classificazione storico-storiografica ma si pone il compito ben più difficile ed attraente di stabilire i necessari rapporti intercorrenti fra le diverse fasi dello sviluppo scientifico della storia costituzionale e le problematiche ed i modelli costituzionali storicamente sottesi ad ognuna di esse.

Ciò risulta in modo chiarissimo fin dal sottotitolo del lavoro, che, come spesso accade, nasconde i veri intenti dell'autore, al punto che il titolo complessivo potrebbe criticamente essere letto nel seguente modo: «Impostazioni e schemi interpretativi propri del tempo, nella ricerca storico costituzionale tedesca del XIX secolo».

Prima di esporre nei suoi tratti più caratteristici il metodo d'indagine impiegato da Böckenförde è possibile ed opportuno fare, sulla base di quanto è già stato detto, una breve premessa ancora una volta relativa alla sua dipendenza da Otto Brunner e da Carl Schmitt. Non vi è da stupirsi che tale discorso ricompaia in questa occasione, dopo essere già stato svolto a proposito del concetto di costituzione e della distinzione terminologico-concettuale fra ‹Verfassung› e ‹Konstitution›.

In realtà Böckenförde riprende e generalizza la critica svolta da Otto Brunner alla ‹Scuola giuridica› della storia costituzionale[33] per dimostrare come l'uso di determinati termini-concetti propri di una realtà politica ed ideologica ben precisa, al fine dell'interpretazione di fenomeni storici del tutto estranei a tale realtà, costituisca un procedimento inadatto al raggiungimento di risultati storici concreti ed obbiettivi.[34] Brunner si pone il problema di una critica sostanziale ad una determinata corrente storico-costituzionale e fa ricorso allo strumento della critica terminologico-concettuale, che gli serve da punto di passaggio per risalire all'influsso decisivo svolto su quella corrente storiografica dal particolare momento storico in cui

33. O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., 116 ss.

34. O. Brunner *Moderner Verfassungsbegriff* cit., 14: egli afferma che le principali polemiche sorte nel campo della storia costituzionale medievale, nel corso delle ultime generazioni di studiosi, vanno ricondotte al concetto liberale di ‹Konstitution› e al modello di Stato costituzionale di diritto che ha dominato per lungo tempo la storiografia costituzionale tedesca.

essa ha avuto vita.[35] In Böckenförde questo procedimento rigorosamente critico viene accolto solo sotto il profilo formale: da una parte infatti muta il fine che l'autore si propone, nel senso che egli non intende in alcun modo — al contrario di Brunner — dare giudizi di valore sulla letteratura che esamina; dall'altra viene da lui abbandonato il richiamo terminologico, che per Brunner è fondamentale e viene invece accentuato quello relativo alle motivazioni di ordine storico-ideologico.

Dal momento però che il periodo storico considerato da Böckenförde (come anche da Brunner e Schmitt) è l'Ottocento tedesco, e poichè inoltre la prospettiva in cui quel periodo viene esaminato è di tipo storico-costituzionale, si capisce da sè come il concetto di costituzione e la relativa distinzione di ‹Verfassung› e ‹Konstitution› appaia come uno dei motivi cruciali dell'intera ricerca, anche riguardo al metodo impiegato.

Quest'ultimo d'altro canto non va semplicemente inteso nel senso di pura critica ideologica alla storia della storiografia tedesca ottocentesca, e, come si è già rilevato, non tende a denunciare eventuali stati di cattiva fede, di interessi mascherati o di opzioni volontarie. Il tentativo di Böckenförde è semplicemente di individuare l'esatto contesto in cui quella ricerca va situata, al fine di poterla comprendere più a fondo; d'altra parte egli stesso, nell'escludere ogni impegno critico-ideologico da parte sua, dimostrando ancora una volta una sensibilità storica particolarmente distinta, osserva che un tale impegno sarebbe comunque legittimo solo dopo avere svolto un esame preliminare del condizionamento al quale inevitabilmente è soggiaciuta e soggiace la stessa dottrina dell'ideologia e la critica ideologica che da quella ha preso le mosse.

Il procedimento di indagine del Böckenförde si svolge lungo due direttrici principali, tra loro strettamente collegate: da una parte l'esame del particolare rapporto che ogni autore stabilisce, nella sua ricerca, con la storia in quanto tale, dall'altra l'esame dei condizionamenti storici ed ideologici ai quali egli soggiace.

Sotto il primo profilo assume particolare rilevanza il problema del ‹pensiero politico› dei diversi autori, tanto più che la sua presenza è la condizione necessaria perchè si possa realmente parlare di storia costituzionale in senso proprio: non per niente come primo rappresentante di essa viene indicato Justus Möser, che realizzò il distacco dall'impostazione tradizionale della ‹Reichs- und Staatshistorie› diplomatica, di impronta prettamente pragmatistica, per dedicarsi alla concreta storia politica nazionale.[36]

35. O. BRUNNER *Moderner Verfassungsbegriff* cit., 4, in cui testualmente si legge: « Es fehlt die Einsicht, dass Erscheinungen wie Staat, Macht, Recht, Wirtschaft überhaupt erst in einer bestimmten geschichtlichen Lage, die seit Absolutismus und Aufklärung gegeben war, als ‹selbstständige Faktoren›, ‹eigengesetzliche Lebensbereiche›, deren ‹Wechselwirkung› es zu erforschen gelte, gesehen werden konnten ». Al contrario invece, dal punto di partenza del concetto liberale di ‹Konstitution›, vengono poi estesi agli ordinamenti precedenti i caratteri fondamentali di quest'ultimo ed i concetti da esso derivati (principalmente quelli di ‹Staat›, ‹Staatsgewalt›, ‹Staatsgebiet›, ‹Staatsvolk›).

36. Per questo aspetto del pensiero storico di Karl Friedrich Eichhorn si veda F. HARTUNG *Zur Entwicklung* cit., 435-436.

Il problema che affronta Böckenförde è di individuare la particolare relazione in cui ciascuno degli storici da lui considerati situò il presente, in cui viveva, con la storia: in questa prospettiva vengono individuati due atteggiamenti fondamentali, quello di coloro che considerarono il presente come facente parte dell'ininterrotta continuità storica e quello di coloro che invece lo posero al di fuori di essa. Le due diverse posizioni sono espressione di situazioni storiche radicalmente diverse: nel primo caso infatti le condizioni storiche, pur trovandosi in una situazione di transizione e svolgimento, non si contrapponevano decisamente a quanto si era storicamente prodotto in precedenza, per modo che legittimamente il presente appariva come prodotto della storia passata; quest'ultima veniva indagata proprio allo scopo di comprendere meglio il presente stesso, anche se poi, in tal modo, erano i caratteri del presente a servire da criterio per l'indagine storica. Nel secondo caso invece la situazione storica di partenza era fortemente critica nei confronti del passato (almeno di quello più recente), che veniva invariabilmente ripudiato e al quale si contrapponeva un modello politico del tutto teorico, ancora da realizzare; volendosi tuttavia trovare ad esso una giustificazione storica, si aveva la pretesa di ricercarne le origini e i tratti fondamentali nella storia più lontana, la quale perciò veniva indagata alla luce del nuovo modello, astratto e presupposto, e che non aveva perciò più alcun riferimento con il presente.

Da quanto appena detto appare con chiarezza il legame esistente fra questa prima direttrice di indagine e la seconda, che invece riguarda l'esame dei condizionamenti storici propri di ogni ricerca storica. Occorre innanzi tutto considerare che tali condizionamenti possono generalmente essere di due tipi: possono cioè derivare o dalle condizioni storico-politiche in cui l'autore considerato vive — intendendo con esse il tipo e la forma di organizzazione politica del suo tempo, nelle sue istituzioni e nei suoi rapporti politici e sociali — oppure dalle correnti dottrinarie e ideologiche dominanti nel suo tempo. L'opera dei diversi autori è sempre determinata da entrambi tali condizionamenti; tuttavia, per volere indicare il predominio degli uni sugli altri, e per richiamarsi alle osservazioni fatte sul pensiero storico dei diversi autori, si può concludere che è predominante il condizionamento per così dire storico-concreto negli autori che considerano il presente in cui vivono come inserito nella continuità storica, mentre negli altri predomina il condizionamento di tipo storico-ideologico.

Per entrambi i tipi, unico ed unitario è il procedimento d'indagine adottato da Böckenförde; egli si sofferma in primo luogo a descrivere in generale le condizioni di fatto — istituzionali ed ideologiche — proprie del momento storico in cui ogni scrittore da lui esaminato vive, e solo in un secondo momento misura l'entità dell'influsso svolto da quelle condizioni sull'opera dello scrittore stesso.

Questo ulteriore esame viene condotto attraverso il puntuale riferimento all'indagine storica concreta dei singoli autori: la preliminare descrizione del mondo politico e spirituale dei diversi scrittori costituisce così il costante punto di riferimento dei risultati concreti ai quali la loro ricerca è rispettivamente giunta. In tal modo è possibile, alla fine dell'indagine, spesso lunga e laboriosa, individuare immediata-

mente la misura in cui la loro ricostruzione storica è debitrice nei confronti della realtà politica nel cui ambito essa si è venuta compiendo.

Tale punto d'arrivo inoltre è facilitato da un ulteriore confronto al quale Böckenförde fa costantemente ricorso: quello cioè con i risultati della ricerca storica più recente. Ciò non implica, per ammissione dello stesso Böckenförde, alcuna pretesa di considerare tali risultati (solitamente facenti capo a Brunner) come definitivi o insuperabili, nè tanto meno ciò comporta la pretesa di dare giudizi sul valore della ricerca più antica. Si tratta solo di un utilissimo espediente per tentare di individuare, per induzione, quel che di condizionato certamente non vi era nella storia costituzionale ottocentesca, sulla base del suo persistere nella ricerca più recente. D'altra parte, che un simile confronto possa essere imposto da intenti ulteriori, meno strumentali ed aventi invece finalità valutativa è escluso, oltre che dalla ormai provata sensibilità storica del Böckenförde, anche dalla considerazione che, in base al suo atteggiamento metodologico di fondo, la ricerca storico-costituzionale più recente non sfugge certamente allo stesso tipo di condizionamenti propri di quella ottocentesca, come di ogni altro settore della considerazione storica.

Infine, dal momento che l'opera di Böckenförde ha strette finalità storico-storiografiche, dev'essere assolutamente escluso che il confronto fra i risultati a cui le due ricerche sono giunte sia compiuto al fine di raggiungere ulteriori risultati concreti, più positivi e definitivi degli uni e degli altri, anche se, in ultima analisi, viene accettata la possibilità che in qualche caso ciò possa accadere o che almeno si possano porre le premesse perchè ciò avvenga in futuro.[37]

Non è compito di un'Introduzione soffermarsi a riassumere i risultati concreti ai quali giunge l'opera a cui essa si riferisce. Essa si deve limitare a fornire una possibile chiave per la migliore comprensione dell'opera stessa, al fine di collocarla nella posizione che le compete, individuandone l'eventuale derivazione e dipendenza da altri risultati storici, precedenti o collaterali.

Più utile può invece apparire il richiamo delle osservazioni più importanti — delle quali alcune presentano anche carattere di originalità — fatte da Böckenförde a proposito delle condizioni storiche, di tipo meramente politico-sociale o ideologico, che hanno costituito il punto di partenza delle differenti ricerche, alle quali hanno spesso prestato i quadri interpretativi e gli schemi di ricostruzione fondamentali. Anche qui tuttavia non sembra opportuno passare in rassegna l'intero arco della

37. Vale forse qui la pena di richiamare il già citato accenno fatto da G. F. Miglio *Premesse* cit., 19 ai due tipi di procedimento d'indagine propri della storia amministrativa (vedi ‹retro› nota 6): quello analogico e quello genealogico. Se, come pare, tali tipi di procedimento possono essere riconosciuti validi anche per la storia costituzionale — prescindendo in questa sede dai rapporti intercorrenti fra quest'ultima e la storia amministrativa — risulta in tutta evidenza l'importanza che anche per essi può costituire la storia della storiografia. Quest'ultima infatti, seppure indirettamente e di riflesso, certamente facilita la comparazione degli istituti costituzionali fra loro — nelle diverse ricostruzioni che di essi sono state via via tentate — e quindi l'individuazione di eventuali analogie e derivazioni, e permette in tal modo di raggiungere, anche sul piano storico concreto, risultati ulteriori e più avanzati.

ricostruzione compiuta da Böckenförde, che per la maggior parte non si distacca sensibilmente dal modo tradizionale di considerare tali problemi: è forse più produttivo coglierne gli elementi originali o le eventuali lacune, al fine di trarne motivi di ulteriore apprezzamento o di critica al lavoro dell'Autore.

Così non sembra mettere conto di ritracciare il quadro delle condizioni politiche e spirituali che hanno caratterizzato il tardo Settecento tedesco, e che pure hanno costituito il costante punto di riferimento delle ricerche di Möser e di Eichhorn, oltre che di Montag e di Hüllmann. La coesistenza di elementi più antichi e già moderni, la presenza di una situazione di transizione, i prodromi della separazione di Stato e Società — che risulterà decisiva per il secolo seguente — e gli influssi della teorica filosofico-politica e statale dell'Illuminismo sono altrettanti argomenti scontati della ricerca storiografica, almeno nei limiti e nei modi in cui vengono trattati da Böckenförde.[38] Basterà accennare che l'effetto più manifesto del condizionamento da parte di quella realtà sulla ricerca storico-costituzionale del tempo va scorto nel particolare interesse di quest'ultima per il problema della formazione e dello ‹status› effettivo dei Ceti, i quali trovano sempre una spiegazione storica di natura social-cetuale, fondata su una particolare posizione patrimoniale, corrispondente appunto alla situazione del tardo Stato per Ceti.

Altrettanto importante è il rilievo sul generale atteggiamento di rifiuto e di opposizione da parte di questa generazione di storici nei confronti delle idee dell'Illuminismo francese, e particolarmente di quelle rivoluzionarie del 1789, a causa del loro aperto contrasto con la continuità storica dal passato che invece costituisce una delle caratteristiche della ricerca in esame. Tanto le idee illuministiche, che quelle del 1789, che lo stesso costituzionalismo liberale di stampo rivoluzionario, non si inquadrano nello svolgimento della storia tedesca che invece imporrebbe il ricorso ad un costituzionalismo di tipo diverso, su basi cetuali-corporative.

A questo proposito non va dimenticato il rilievo, compiuto dallo stesso Böckenförde, secondo cui la situazione politica tedesca presenta importanti tratti distintivi nei confronti di quella francese, sopra tutto per quel che riguarda il problema dello Stato e, nella specie, dello Stato assoluto. Quest'ultimo infatti non aveva raggiunto in Germania, particolarmente al di fuori dei territori imperiali e del Brandeburgo-Prussia, quella fase di compimento che aveva al contrario avuto in Francia. Inoltre le vicende della Riforma ed il ruolo decisivo, in funzione di catalizzatore, svolto in esse dallo Stato aveva impedito, a tutto il Settecento, quell'irreversibile distacco da esso di strati sociali importanti, com'era accaduto in Francia. Sopra tutto aveva impedito l'organizzazione — talora casuale ma non per questo meno decisiva — di tali

38. Su tali problemi è utile e sufficiente il riscontro nella letteratura fin qui citata. Un richiamo particolare meritano forse soltanto, per il problema della separazione di Stato e Società: O. BRUNNER *Das Problem einer europäischen Sozialgeschichte*, in (EIUSDEM) *Neue Wege der Sozialgeschichte. Vorträge und Aufsätze* (Göttingen 1956) 7-32; W. CONZE *Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands*, in «*Historische Zeitschrift*» 186 (1958) 1-33; T. SCHIEDER *Staat und Gesellschaft im Wandel unserer Zeit. Studien zur Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts* (München 1958); E. ANGERMANN *Das Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft im Denken des 18. Jahrhunderts*, in «*Review of Politics*» 10 (1963) 90-101.

strati in un insieme organico e dotato di grande forza politica quale si sarebbe più tardi dimostrata la Società civile, o borghese che dir si voglia. Ciò non significa però che anche in Germania verso la fine del Settecento non esistessero le principali premesse ed anche le prime realizzazioni di quel distacco e di quella contrapposizione organizzata: non si spiegherebbe altrimenti il loro improvviso apparire già nel primo Ottocento.[39] Proprio lo sviluppo costituzionale compiutosi in Prussia nel corso del Settecento, attraverso il superamento del dualismo del primo Stato per Ceti, e la riduzione di questi ultimi da vere e proprie forze costituzionali a meri strati sociali — seppure ancora dotati di una forza politica accentuata che permetteva loro di occupare una posizione ancora decisiva nella macchina organizzativo-politica del ‹Gesamtstaat› prussiano tardo-settecentesco — sembra costituire una dimostrazione di ciò.[40]

Tuttavia è fuori di dubbio che continuarono a persistere, nella situazione politica del Settecento tedesco, numerosi ed importanti elementi dell'ordinamento più antico, verso i quali si volse la particolare predilezione della ricerca storica degli autori a cavallo fra il Sette e l'Ottocento, a discapito degli elementi più moderni, anticipatori degli sviluppi futuri: ciò ben s'intende se si pensa che quegli autori si collocarono generalmente nel flusso della continuità storica e furono perciò attratti particolarmente dagli aspetti della realtà politico-costituzionale che non contrastavano con essa ed anzi ne erano il prodotto. Questa è anche naturalmente la spiegazione dell'indubbio condizionamento che la loro ricerca ricevette da quegli aspetti.

Degna di maggiore considerazione è l'indagine compiuta da Böckenförde sulle condizioni dell'Ottocento tedesco, con riguardo al movimento liberale. Essa viene svolta con riferimento al tipo di condizionamento ideologico proprio della generazione dei Germanisti, rappresentata principalmente, in campo storico-costituzionale, da Georg Waitz, Georg Ludwig von Maurer e Otto von Gierke.

Caratteristica della ricerca storica di questi autori è, sul piano del pensiero storico, la convinzione che il presente — e tanto più il futuro — siano situati al di fuori della continuità storica; che cioè il superamento dello Stato assoluto abbia costituito un passo decisivo nella storia degli uomini, in base al quale si possa distinguere e contrapporre quel che è accaduto prima da quel che accadrà poi. Da tale posizione discende che il presente va strutturato in modo radicalmente opposto al passato recente e precisamente sulla base delle stesse idee di fondo che hanno portato al superamento di quello. Si instaura in tal modo un costante richiamo ad un ideale costituzionale da realizzare concretamente, del quale tuttavia si vuole trovare la giustificazione: cosicchè l'indagine storica, teoricamente rivolta alla migliore comprensione di questo ideale, finisce per essere condizionata proprio da esso.

Quell'ideale viene comunemente identificato con le idee liberali che ebbero corso

39. In questo senso anche: E. R. Huber *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., I 97.

40. Su questo problema specifico, si veda la letteratura citata in P. Schiera *L'introduzione delle ‹Akzise› in Prussia e i suoi riflessi nella dottrina contemporanea*, in « *Annali della Fondazione italiana per la storia amministrativa* » 2 (1965) 295 e passim.

in tutta Europa nella prima metà dell'Ottocento, insieme alla nuova idea di nazionalità che allora andava affermandosi sul piano politico. I Germanisti vengono in tal modo solitamente accomunati ai liberali del ‹Vormärz›, e la loro massiccia partecipazione al Parlamento della Paulskirche viene portata a convalidare questa tesi. Böckenförde osserva però, giustamente, che il concetto di liberalismo inteso in tal modo appare troppo ampio ed indifferenziato per potere fungere da valido ed apprezzabile criterio di classificazione. In realtà i Germanisti non possono essere considerati liberali, nel senso di una loro derivazione dal mondo di pensiero dell'Illuminismo e dalle idee del 1789, più di quanto non fossero romantici, nel senso di Müller, Schlegel, Schelling e Görres. La fallacia di simili facili collocazioni troppo assolute dipende dalla impossibilità di fondo di comprendere la realtà politico-spirituale del ‹Vormärz› in base all'alternativa liberalismo-romanticismo.

Viene così introdotta da Böckenförde un'opportuna distinzione di fondo fra liberalismo illuministico ed organico, che riecheggia quella analoga compiuta da Huber nella sua monumentale *Verfassungsgeschichte* fra liberalismo parlamentare e costituzionale:[41] il primo strettamente dipendente dal pensiero classico di Locke e di Rousseau, attraverso la mediazione compiuta, per la Germania, da Kant; il secondo invece legato al pensiero di Justus Möser ed al liberalismo tardo-settecentesco inglese. Tale distinzione appare alquanto utile perchè permette facilmente di risalire, attraverso il richiamo ai due concetti di ‹libertà› — negativo e positivo — rispettivamente propri delle due branche del liberalismo, all'atteggiamento che ognuna di queste tenne nei confronti del problema della separazione di Stato e Società, che fu rispettivamente di intransigente accettazione e di ricusazione o comunque di parziale attenuazione. In tal modo si spiega senza bisogno di forzature perchè gli storici agenti nell'ambito del liberalismo ‹illuministico› assumano una posizione di assoluta intransigenza nei confronti dell'ordinamento appena superato e degli elementi sopravvissuti di esso, mentre al contrario quelli che si ispirano agli ideali del liberalismo ‹organico› accettino del passato taluni tratti caratteristici che anzi tendono a conciliare con le nuove esigenze ottocentesche, in una soluzione costituzionale contraddistinta dal compromesso fra realtà antica e più recente.

È facile capire a questo punto il ruolo che la distinzione accennata è in grado di svolgere nell'opera di Böckenförde: la differenza fra i due ideali costituzionali che da essa risulta costituisce l'esatto ed infallibile criterio per individuare i tratti peculiari della ricerca storico-costituzionale dei Germanisti e della generazione successiva degli storici ‹giuristi› e per spiegare le diverse forme di condizionamento storico-ideologico alle quali esse soggiacquero, al di là della comune posizione di rottura e di estraneità che mantennero nei confronti della storia, buona solo a fondare e a giustificare ‹storicamente› i rispettivi ideali costituzionali.

Ciò che contraddistingue la ricerca dei Germanisti è il pensiero organico che mira ad un'armonica unità e ad un compromesso costituzionale fra la sopravvissuta

41. E. R. Huber *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., II 390-391.

monarchia e la presunta libertà medievale, risvegliatasi nell'Ottocento tedesco, e che tende perciò a mantenere l'unità con la tradizione storica e con gli ordinamenti politici esistenti ed è contrario ad ogni soluzione radicale o eccessivamente unilaterale.

Diversi sono invece i punti di partenza degli storici di ispirazione liberal-illuministica i quali, se da principio si pongono semplicemente come critici della ricerca storico-costituzionale dei Germanisti, finiscono ben presto per assumere una posizione di predominanza, in concomitanza con il tracollo del liberalismo organico. Ciò trova la sua spiegazione di fondo nel fatto che proprio in quel torno di tempo si andava affermando sul piano politico-organizzativo, lo Stato moderno, di tipo istituzionale, a base spiccatamente giuridica, fondato a sua volta sull'esplicita ed irreversibile separazione di Stato e Società. Mentre l'antico liberalismo organico non era in grado di comprendere questa nuova realtà, il pensiero liberale illuministico vi aderiva invece perfettamente, orientato com'era nel senso del potere signorile ‹sovrano› su una unione egualitaria di sudditi, del fondamento prettamente personale di tutti i diritti e doveri giuspubblicistici, della chiara contrapposizione di pubblico e privato, di statale e feudale-signorile, di normativo e contrattuale e così via.

Tale perfetto adeguamento era a sua volta facilitato, sul piano tecnico, dall'affermarsi del positivismo giuridico, che attraverso la rigorosa elaborazione di dogmi e categorie giuridiche del tutto atemporali e svincolate dalla corrispondente situazione storica, ma ubbidienti esclusivamente ad un ordine logico interno, prestò validissimi strumenti d'indagine ad una ricerca storica poggiante su un ideale costituzionale sempre più ‹giuridico-statale› e mirante a trovare la giustificazione dello Stato di diritto ormai in fase di definitivo assestamento.

In tal modo alla posizione di estraneità nei confronti della storia tipica già della ricerca dei Germanisti si aggiunge qui un procedimento d'indagine del tutto nuovo, caratterizzato dall'impiego di strumenti concettuali desunti da un'altra scienza, allora al massimo del suo fulgore: la scienza giuridica, nella fase del positivismo giuridico.

È naturalmente inutile aggiungere che proprio dal particolare taglio critico usato da Böckenförde nella sua indagine appare in modo particolare l'intima contraddizione che vizia questa fase della storia costituzionale tedesca: la sua pretesa all'obbiettività e alla purezza scientifica trova fin dall'inizio una clamorosa smentita nella posizione ideologica che essa geneticamente assunse in difesa e al servizio del moderno Stato istituzionale.[42]

Con l'esame della storia costituzionale di stampo giuridico si conclude la rassegna di storia della storiografia del Böckenförde. A buon diritto, bisogna dire, dal mo-

42. In realtà, il quadro costituzionale dello Stato di diritto ottocentesco impronta di sè ogni aspetto della speculazione politico-statale dell'epoca, e dopo avere svolto i suoi influssi sul diritto privato e su quello pubblico, finisce per coinvolgere anche la storia costituzionale, sia sotto il profilo tecnico come sotto quello sostanziale, come d'altra parte era successo, in campo affine, anche per la teoria generale dello Stato: cfr. C. SCHMITT *Verfassungslehre* cit., 36.

mento che con essa si può considerare conclusa in maniera definitiva una fase importante della storiografia costituzionale: essa rappresenta infatti il massimo punto raggiungibile di astrazione e di estraneità dalla realtà storica. La storia come oggetto autonomo di studio e di conoscenza è un fatto ormai superato: solo il punto di partenza ed il fine ideologico può ormai determinare il quadro e la spiegazione del passato; l'evoluzione ulteriore della storia costituzionale poteva compiersi soltanto attraverso un mutamento sostanziale nell'atteggiamento metodologico, ed è quanto è avvenuto in una fase ulteriore, alle porte della quale Böckenförde ha arrestato la sua indagine.

Di essa si è qui tentato di fornire una possibile chiave di comprensione, illustrando sopra tutto i cardini metodologici su cui ruota. È indubbio che le prospettive in cui un'opera può essere considerata e valutata sono molteplici e che ve ne sono alcune, anche di carattere sostanziale, più suggestive ed affascinanti di quella qui impiegata; si è tuttavia scelto l'aspetto indicato, perchè è sembrato, in certo qual modo, pregiudiziale ad ogni altro tipo di considerazione, riferendosi appunto non al merito del lavoro ma alla sua logica interna, nella quale consistono il valore e l'importanza maggiore. La ristrettezza del punto di vista adottato non ha tuttavia impedito di svolgere qualche considerazione di tipo più generale, come quelle relative alla posizione occupata da Böckenförde nello schieramento storico-costituzionale contemporaneo e alla sua dipendenza da una linea critico-interpretativa ben definita. Allo stesso modo non ci si è astenuti talora dal criticare particolarmente talune scelte, o meglio esclusioni, dal Böckenförde stesso compiute, nel novero degli storici della costituzione ottocenteschi degni di considerazione, nonostante che sempre tali esclusioni fossero suffragate da ragioni ora formali, ora sostanziali, ora metodologiche chiaramente formulate e per la maggior parte del tutto fondate.

A questo proposito va ora aggiunto un ultimo chiarimento, che prende lo spunto, in modo sintetico, da una parte dalla dimostrata validità del metodo impiegato dal Böckenförde nella sua ricostruzione storica, dall'altra dalle già accennate critiche alla concezione particolarmente ristretta che egli ha della storia costituzionale. Si vorrebbe cioè mostrare come lo stesso metodo critico-ideologico, così brillantemente applicato allo studio degli autori trattati, avrebbe potuto portare a risultati maggiormente validi e suggestivi, qualora fosse stato esteso ad altri autori che si possono legittimamente considerare cultori di storia della costituzione, se solo si accetti di quest'ultima una definizione più comprensiva di quella adottata da Böckenförde.

In tal modo si sarebbe forse assicurata una maggiore completezza al quadro offerto dei condizionamenti che hanno influito sulla ricerca storico-costituzionale tedesca ottocentesca, ed insieme avrebbe trovato qualche spiegazione un problema che l'opera di Böckenförde fa sorgere, ma non risolve: la limitazione cioè dell'interesse storico ottocentesco alle condizioni costituzionali antiche e medievali ed il conseguente rifiuto di estendere l'esame alle condizioni proprie dell'età moderna. Proprio gli autori ignorati da Böckenförde infatti si contrappongono a questa ten-

denza in modo talmente netto da far apparire probabile l'ipotesi che anch'essa non fosse altro che una diretta conseguenza dei condizionamenti storico-ideologici descritti.

Per il gruppo di storici a cavallo fra Settecento e Ottocento la spiegazione deriva in realtà, ancora una volta, dal particolare atteggiamento che essi assunsero nei confronti della storia, verso la quale si posero in una relazione di immediata continuità: loro intento fu di studiare la storia al fine di comprendere meglio il presente in cui vivevano, che non era altro che l'ultima fase dell'intero svolgimento storico ed era dunque da quest'ultimo ampiamente determinato e condizionato. Di fronte ad una simile prospettiva, si capisce che Möser, Eichhorn e i loro seguaci non si ponessero assolutamente il problema delle condizioni costituzionali dello Stato assoluto o dello Stato per Ceti, dal momento che tali condizioni erano quelle in cui essi vivevano: loro scopo era di trovare nel passato le premesse e le ragioni giustificative di esse, non di esaminarle e di comprenderle in quanto tali. Nient'altro è sottinteso alla delimitazione del loro interesse storico al Medioevo, tant'è vero che il quadro costituzionale del tardo Stato per Ceti costituisce, come si è visto, il motivo di condizionamento della loro ricerca.

Diverso è invece il discorso per la successiva generazione dei Germanisti ed anche, per ragioni in gran parte concomitanti, per il gruppo degli storici costituzionali ‹giuristi›. Nel caso di tutti costoro l'arresto della ricostruzione storica alle soglie dell'età moderna è la conseguenza di una ben precisa posizione ideologica.

Si è visto quale fosse il loro atteggiamento nei confronti della storia e come fosse determinato e sorretto da un preciso ideale costituzionale, che fungeva da assoluto criterio d'interpretazione. Esso si qualificava principalmente attraverso il rifiuto della realtà politica dei secoli immediatamente precedenti, caratterizzata dalla concezione assolutistica dello Stato, e si fondava sulle idee libertarie derivate dall'Illuminismo e dalla Rivoluzione. Poichè d'altra parte tale ideale aveva bisogno di una giustificazione storica, era evidente che quest'ultima non poteva essere ricercata nel periodo al quale dichiaratamente ci si contrapponeva; si spiega in tal modo il ricorso ad epoche più lontane, rette da forme di organizzazione politica che non avevano niente in comune con quella appena superata dell'Assolutismo, e nei confronti delle quali appunto l'epoca assolutistica non costituiva altro che una degenerazione da abbandonare e da dimenticare. Ci si rivolse alla storia tedesca primitiva, autogena, ancora incontaminata dagli influssi negativi derivanti da forme di civiltà esterne: con un procedimento logico che è già stato illustrato vennero proiettati in essa gli ideali liberali ottocenteschi, ed in particolare quelli caratteristici di libertà e di popolo nazionale. In quest'ambito trova spiegazione anche la polemica svolta dagli storici ‹giuristi› nei confronti della letteratura francese del tardo Settecento e del primo Ottocento sul problema dell'interpretazione del Medioevo, sopra tutto riguardo agli influssi gallo-romani e germanici sulle sue istituzioni.

Vi è però un settore della storiografia ottocentesca che, se non può essere inquadrato integralmente nell'ambito della ricerca storico-costituzionale intesa in senso stretto, porta tuttavia a quest'ultima direttamente o incidentalmente contributi im-

portanti, e oltre tutto degni di particolare considerazione per il fatto che si pongono su una linea diversa ed anzi opposta a quelli della storia costituzionale ‹giuridica› sia per i risultati a cui giungono che per il periodo a cui si riferiscono. Ci si riferisce particolarmente alla ricerca storico-costituzionale della ‹Scuola storica dell'economia›, sopra tutto nelle opere di Wilhelm Roscher, che fu il massimo rappresentante della sua prima fase, e di Gustav Schmoller, che fondò e capeggiò invece quella che viene comunemente definita la ‹Nuova scuola storica dell'economia›.

È noto quale fosse la posizione metodologica assunta dalla Scuola storica: essa si contrappose all'indirizzo ‹normativo› dell'economia classica, di derivazione inglese e francese, rivolto all'individuazione di leggi universali ed immutabili della realtà economica, ritenendo al contrario che l'essenza dell'economia potesse risultare soltanto dallo studio storico del suo svolgimento, considerato in stretta connessione con lo studio delle istituzioni e della realtà politica corrispondente.[43] La storia economica venne così elevata ad unico ed esclusivo modo d'indagine dell'economia: a tal fine essa fu intesa in senso estremamente ampio, come d'altra parte era reso necessario dal fatto che, essendo la ‹scienza economica› un prodotto scientifico dell'Ottocento, per il periodo precedente non era possibile mantenere una prospettiva rigorosamente orientata alla distinzione del fenomeno economico dal più ampio contesto pubblicistico ed era inevitabile fare ricorso all'ambito politico-istituzionale nel quale i fenomeni economici si erano, particolarmente nei secoli XVII e XVIII, andati svolgendo.[44]

Importante è la constatazione che l'interesse storico-economico-costituzionale appena descritto si rivolse con particolare riguardo alle condizioni dell'età moderna e particolarmente a quelle dello Stato assoluto prussiano, in cui vennero generalmente cercate le premesse e le ragioni della situazione ottocentesca, sia nel campo strettamente economico che in quello più ampiamente politico-costituzionale. Di tale situazione furono poi posti in rilievo i tratti più caratteristici, come ad esempio quello del processo di centralizzazione amministrativa, della creazione di una burocrazia efficiente, del superamento dello Stato per Ceti, della formazione del ‹Gesamtstaat› e così via.

L'autore in cui la descritta posizione assume maggior risalto è Gustav Schmoller, con il quale la ‹Scuola storica dell'economia› raggiunse il suo vertice. Più dotato di senso storico di Roscher, egli si pose il compito non tanto di verificare storicamente il sistema complessivo dell'economia, quanto di ricostruire il processo ed il divenire storico delle singole istituzioni economiche.

Per la verità, il mondo culturale e scientifico di Schmoller fu molto più ampio di quanto comunemente si voglia ammettere, valutando soltanto la sua figura di

43. Cfr. gli accenni, purtroppo non svolti a sufficienza, in J. A. SCHUMPETER *Storia dell'analisi economica* (Torino 1959) III 992 ss. Degna di nota è inoltre la trattazione contenuta in C. GIDE - C. RIST *Histoire des doctrines économiques* II: *De l'école historique à John Maynard Keynes* (Paris 1959[7]) 436-516.

44. Sull'intero fenomeno si veda l'esauriente analisi svolta dal recente lavoro, già citato:, di H. MAIER *Die ältere deutsche* cit., passim, e l'ampia letteratura ivi richiamata.

‹economista›. Sopra tutto, l'influsso da lui svolto fra i suoi contemporanei e sulla speculazione successiva si compì prevalentemente al di fuori del ristretto ambito dell'economia, allargandosi a comprendere nel suo complesso il problema centrale dello Stato e della sua organizzazione.[45] Questa è la tematica di fondo di Schmoller che lo qualifica, in termini di valutazione storica, molto più come ‹Staatswissenschaftler› che come sistematico dell'economia: lo dimostra dall'esterno la poliedricità stessa del suo impegno civile, rivolto costantemente ad una visione globale dei problemi statali, sia sul piano dell'indagine teorica che su quello dell'applicazione operativa. Le sue ricerche scientifiche — sfociate oltre che in eccellenti ricostruzioni storiografiche anche in non superate edizioni di fonti[46] —, il suo impegno politico quotidiano come ‹Socialista della cattedra›, il ruolo culturale-organizzativo da lui svolto come fondatore e responsabile del ‹Verein für Sozialpolitik› sono altrettante inconfutabili dimostrazioni della varietà dei suoi interessi e dei suoi impegni.

È pur vero che il perno dell'intero suo interesse per le scienze dello Stato resta sempre il motivo economico, ma ciò si spiega non già in base ad una sua precedente qualificazione scientifica — o disciplinare — come ‹economista›, bensì facendo riferimento all'importanza che alla componente economica egli attribuiva nella fase storica attraversata dallo Stato moderno, e da quello tedesco in particolare. Non per niente il tema decisivo per comprendere la problematica di Schmoller viene indicato nella ‹questione sociale›, cioè in quel complesso di condizioni economiche, politiche, sociali che erano proprie di tanta parte della popolazione tedesca intorno alla metà del secolo e che apparivano tanto più anacronistiche in rapporto al contemporaneo processo di industrializzazione e di massificazione della ‹società civile› allora in corso.[47]

È da tale consapevolezza che prende le mosse il pensiero di Schmoller, che però ben presto si integra con l'ulteriore convinzione dell'inutilità dei tentativi operati

45. Sul punto si può vedere il già indicato lavoro di storia della storiografia: F. Hartung *Zur Entwicklung* cit., il quale tuttavia pone naturalmente l'accento in modo particolare sull'importanza di Schmoller in quanto storico della costituzione.

Particolarmente interessante tuttavia è l'indicazione — peraltro non dubbia — di una stretta derivazione di Hintze da Schmoller: non tanto riguardo al rapporto ‹scolastico›, sicuramente esistente fra i due Autori, quanto per l'apertura che può offrire sulla comunanza del loro mondo culturale.

Più indicative ancora sono le biografie dedicate a Schmoller da F. Hartung *Gustav Schmoller und die preussische Geschichtsschreibung*, in *Staatsbildende Kräfte der Neuzeit* (Berlin 1961) 470-496 e O. Hintze *Gustav Schmoller. Ein Gedenkblatt*, in *Gesammelte Abhandlungen* II: *Soziologie und Geschichte* (Göttingen 1964) 519-543.

46. Parlare degli ‹*Acta borussica*› è certamente superfluo: basterà tuttavia ricordare che lo Schmoller fu il primo a indirizzare l'interesse per le fonti verso l'età moderna rompendo una tradizione prevalentemente rivolta alla ricerca e ricostruzione di fonti medievali. Su ciò ancora F. Hartung *Zur Entwicklung* cit., 443. Più in generale, sull'attività di editore di fonti di Schmoller, può essere vista con utilità l'appena citata biografia dello stesso Hartung.

47. A parte il lavoro specifico dedicato da Schmoller alla ‹questione sociale›: G. Schmoller *Die soziale Frage und der preussische Staat*, in *Zur Sozial- und Gewerbepolitik der Gegenwart* (Leipzig 1890), per quanto riguarda la letteratura su Schmoller, anche con riferimento alla già indicata poliedricità del suo mondo culturale, va visto il lavoro miscellaneo *Gustav von Schmoller und die deutsche geschichtliche Volkswirtschaftslehre. Dem Andenken von Gustav von Schmoller. Festgabe zur hundertsten Wiederkehr seines Geburtstages 24 Juni 1938*. Herausgegeben von A. Spiethoff, in « *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche* » 62 (1938) 2. Heft.

dall'economia tradizionale per risolvere e comprendere i problemi del tempo: la centralità essenziale della tematica relativa al rapporto Stato-Società induce lo Schmoller a rivolgere la sua attenzione alla dimensione politica dell'economia e ad attribuire perciò la massima importanza all'economia politica — meglio alla politica economica o sociale. Vanno a questo punto fatte due osservazioni: la prima è relativa alla condizione delle scienze dello Stato in Germania, in quel torno di tempo, e particolarmente al grado di intensità raggiunto dalla polemica sullo ‹Stato sociale› e comunque sull'esigenza di ammodernamento in senso ‹sociale› della teoria liberale dello Stato. I contributi di von Mohl, ma sopra tutto di Stein, in quest'ambito non hanno bisogno di essere menzionati.

La seconda osservazione è strettamente collegata alla prima, e richiama ancora immediatamente il nome e l'opera di Stein: si tratta del rinato interesse per l'esperienza politica assolutistica, e particolarmente per il tratto più caratteristico di tale esperienza, costituito dal significato peculiare rivestito in essa dal fenomeno ‹amministrativo› e dalla stessa incipiente ‹scienza economica›, riuniti sinteticamente nel fenomeno unitario del ‹Cameralismo›.[48]

Non occorre molto di più per spiegarsi l'origine del mondo culturale di Schmoller e per comprendere come egli fosse in realtà molto meno economista che studioso e storico dello Stato: la sua appartenenza alla Scuola storica dell'economia si spiega a sufficienza e chiaramente per il fatto che egli coltivò l'interesse per i problemi dello Stato in chiave spiccatamente storica, e muovendo dalla convinzione — peraltro così diffusa e densa di contenuti in quel tempo — che una delle molle principali dell'esperienza statale moderna fosse costituita proprio dalla componente economica. L'altra, strettamente collegata alla prima, non poteva essere che l'importanza attribuita all'organizzazione dello Stato, principalmente nella sua dimensione burocratica. Entrambe, come già si è accennato, trovano nella storia tedesca un famoso precedente che aveva dato, sul piano dei risultati concreti, ottima prova: l'esperienza cameralistica e di ‹polizia› dello Stato assoluto illuminato tardo-settecentesco.

Da qui Schmoller parte per giustificare l'intera sua indagine storica, e qui ritorna, eleggendo quell'esperienza — e tutto il processo che ad essa aveva condotto, e che corrisponde al processo di formazione dello Stato unitario — ad oggetto quasi esclusivo della sua ricerca.[49]

Non stupisce, in base a quanto si è detto, che l'opera di Schmoller sia stata finora in buona parte sottovalutata nella sua dimensione ‹scientifica› e che le sia stata attribuita importanza solo dal punto di vista dello stimolo culturale e problematico: come economista gli si attribuisce scarso rigore metodologico, a causa della prevalente preoccupazione di ricostruzione sistematica; come storico, da una parte gli viene normalmente contestato il diritto di appartenenza alla storiografia costituzio-

48. Su entrambi i punti, oltre alla letteratura generale sul Cameralismo, si può vedere con profitto la recentissima opera di H. Maier *Die ältere deutsche Staatslehre* cit.

49. Si veda ancora tutto il fascicolo in onore di Schmoller dello « *Schmollers Jahrbuch* » ed in particolare il contributo, ivi contenuto, di F. Lütge *Gustav von Schmoller als Sozialpolitiker*.

nale, a causa della visione ristretta — di impronta, come si è visto, giuridicistica, o anche costituzional-liberale — che di questa si è finora avuto; dall'altra gli viene spesso imputato un troppo acceso impegno politico, una coloritura ideologica non conciliabile con l'obiettività e la neutralità che di uno storico dovrebbero essere proprie.

Per partire da quest'ultima contestazione, val la pena di accennare ai risultati a cui è pervenuto un recente studio tedesco sul Mercantilismo: più precisamente sulla fondatezza della pretesa generale di identificare l'età del Mercantilismo con l'Assolutismo e l'Ancien Régime.[50]

Come si sa, è questa una delle tesi fondamentali di Schmoller, per il quale il Mercantilismo sei-settecentesco tendeva a « fondare reali economie nazionali, come corpi unitari »: secondo Van Klaveren questo è contemporaneamente uno dei punti della ricerca storica di Schmoller in cui maggiormente risalta la sua soggezione ad un tipo particolare di condizionamento ideologico. « Le idee di Schmoller sono nate dalle grandi questioni politiche del suo tempo »: lo studio che egli fece del Mercantilismo settecentesco prussiano non fu altro che la proiezione nella storia passata dell'interesse che egli nutriva per il sistema protezionistico bismarckiano. In realtà il suo Mercantilismo non si svolse nel XVII e XVIII secolo, ma in quello successivo: « Gustav Schmoller zeigt sich hier als politische Zeitgenosse, als ein von preussisch-monarchistischen Leidenschaften mitgerissener Mensch ».[51]

La conclusione raggiunta riguardo agli studi sul Mercantilismo appare in verità piuttosto calzante, non tanto sul piano sostanziale — se cioè non si possa veramente parlare di Mercantilismo per il periodo dell'Assolutismo — quanto sul piano particolare dei moventi dell'interesse di Schmoller per quel fenomeno, collocato e spiegato in quel periodo storico determinato. In questo senso tuttavia essa è, in quanto tale, insufficiente, essendo isolata dal più ampio contesto dell'intera ricerca svolta da Schmoller stesso. In verità sembra che il problema vada impostato in modo più generale ed esauriente, fino ad investire l'insieme dei risultati storici a cui Schmoller, e la sua Scuola, sono giunti. In altre parole occorrerebbe seguire anche qui lo stesso metodo impiegato da Böckenförde nell'esame degli storici della costituzione da lui considerati e tentare di determinare anche per la Scuola storica dell'economia i rapporti intercorsi fra ricerca storica e realtà politica ed ideologica del tempo. Una volta isolato con successo il tipo di condizionamento al quale essa soggiacque, troverebbe forse conferma e giustificazione anche l'accennata provvisoria conclusione di Van Klaveren, e ne apparirebbero certamente altre, relative ad altrettanti diversi aspetti di quella ricerca.

Per far ciò tuttavia è preliminarmente necessario spostarsi dal piano della storia dell'economia, sul quale il van Klaveren al contrario sembra solidamente assestato, a quello più comprensivo della storia costituzionale, o delle istituzioni economiche, sociali e politiche. Con riferimento al problema del Mercantilismo infatti va notato

50. J. VAN KLAVEREN *Das Zeitalter des Merkantilismus*, in « *Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* » 50 (1963) 57-70.
51. VAN KLAVEREN *Ibid.* 61.

che ad esso Schmoller dedicò tanta parte della sua attenzione non già in quanto sistema economico compiuto, e quindi degno di autonoma considerazione storico-economica, ma come fenomeno sintetico, seppure in chiave economica, di una fase di transizione importantissima per la fondazione dello Stato moderno: quella del passaggio dal sistema particolaristico ‹cittadino› al sistema accentrato, unitario, globale del ‹Gesamtstaat›.[52] È evidente che, in questa prospettiva, il giudizio su Schmoller, in quanto storico, non va dato dal punto di vista della storia dell'economia, ma da quello della storia costituzionale, nel senso ampio che si è cercato di chiarire in apertura della presente nota.

Che la strada da seguire sia questa indicata e che nel frattempo i risultati dell'indagine di Van Klaveren, seppure parziali e come tali poco significativi, possano essere assunti come ipotesi di lavoro fondamentalmente valida, appare in modo evidente dalle stesse vicende che caratterizzarono la nascita e lo svolgimento della Scuola storica dell'economia, sopra tutto in relazione alle condizioni politiche del tempo.

Basti pensare allo stretto legame intercorrente fra il suo sviluppo ed il sorgere, in Germania, delle questioni sociali connesse con l'industrializzazione e con la conseguente proletarizzazione della popolazione. Basti pensare ancora alla linea d'intesa che si realizzò fra la nuova ricerca storico-economica ed il sorgente movimento socialista e che diede origine al fenomeno storico ellitticamente definito come Socialismo della Cattedra. Basti pensare infine al clima politico del momento, contraddistinto dal divario fra necessità di organizzare ed inquadrare le nuove esigenze e le nuove realtà, mediante interventi decisi e realmente riformatori, e la concomitante incapacità ed impossibilità di agire in tal senso dello Stato, ridotto, nell'ideologia e nella pratica, a semplice garante di diritti individuali che non interessavano ormai altri che una ristretta parte della popolazione.

Sopra tutto all'ultimo aspetto indicato fu sensibile quel movimento di pensiero che si tradusse sul piano scientifico nella Scuola storica dell'economia: « A tous ceux qui souhaitent des réformes sociales, la méthode historique apparaît à ce moment comme l'instrument du progrès, et le succès de la méthode est stimulé par l'efficacité pratique qu'on lui attribue ».[53] Anche qui, dunque, appare strettissima la connessione fra ricerca scientifica ed esigenze pratiche; di fronte ai nuovi, gravissimi problemi derivanti dalla continua mobilità della vita associata si sente la necessità di fare ricorso alla storia per dedurne gli insegnamenti utili, le indicazioni valide a superare i problemi presenti. Nessuna meraviglia poi che questa particolare sensibilità storica si sviluppi riguardo ai problemi politico-economici: proprio in quel settore infatti si faceva sentire con maggiore vigore l'inadeguatezza del sistema vigente

52. Il lavoro specifico di Schmoller sul Mercantilismo, in cui egli fece confluire i risultati di ricerche pluriennali sul problema dell'accentramento e della burocrazia nello Stato moderno, è: G. SCHMOLLER *Umrisse und Untersuchungen zur Verfassungs-Verwaltungs-und Wirtschaftsgeschichte besonders des preussischen Staates im 17. und 18. Jahrhundert* (Leipzig 1898).

Per quanto riguarda la letteratura, oltre a quella generale sul Mercantilismo, si veda specificamente A. SKALWEIT *Gustav von Schmoller und der Merkantilismus*, in « *Schmollers Jahrbuch* » 62 (1938).

53. C. GIDE - C. RIST *Histoire* cit., II 445.

nei confronti delle mutate esigenze sociali: « Une étude nouvelle des institutions économiques, de l'organisation sociale, des conditions de vie des classes populaires paraît seule capable d'éclairer le législateur ».[54]

In base ad una analoga ragione si spiega, come si è già accennato, il particolare riferimento che i nuovi studi storico-economici, ma sopra tutto quelli di Schmoller, fanno alle condizioni proprie del così detto Stato assoluto: in quel periodo i problemi politico-economici ed organizzativi che caratterizzano la realtà della metà dell'Ottocento trovano, seppure in un contesto storico parzialmente diverso, il loro primo tentativo di soluzione e di sistemazione sia sul piano pratico-concreto dell'attività statale, sia su quello dottrinario, nell'ambito del grandioso movimento cameralistico e più specificamente della ‹Polizeiwissenschaft›.[55]

Si tratta, come si vede, di pochi e brevi cenni ad una questione che meriterebbe invece una trattazione ben più ampia: qui d'altra parte interessava soltanto mostrare che il problema esiste ed è degno di approfondita considerazione. Proprio i brillanti risultati a cui Böckenförde è giunto per il settore storico-costituzionale da lui esaminato costituiscono non trascurabile stimolo ad intraprendere uno studio in chiave critico-ideologica anche della produzione scientifica della Scuola storica dell'economia: da esso la stessa analisi compiuta da Böckenförde potrebbe forse ricavare ulteriori, importanti conferme, e sopra tutto potrebbe acquistare una maggiore completezza. Come si è già osservato, l'ostacolo costituito dalla difficoltà di considerare come ‹storia costituzionale› la ricerca ‹storico-economica› della Scuola che fa capo a Roscher e Schmoller potrebbe essere facilmente superato, in piena tranquillità, solo che si adottasse una concezione meno rigida di storia costituzionale e che si ponesse mente alla particolare prospettiva in cui la stessa storia dell'economia venne trattata nell'ambito di quella ricerca.[56] D'altra parte giova ripetere ancora che un sacrificio ‹metodologico› di tal genere riceverebbe piena giustificazione e legittimazione proprio dall'interesse preminente che studi come quello di Böckenförde e come quello qui auspicato portano da una parte al problema di fondo della dipendenza della ricerca storica dalle condizioni politiche ed ideologiche del tempo, e dall'altra alla ricostruzione (di carattere storico-dottrinario) di quelle condizioni stesse.

In conclusione infatti, è necessario osservare che l'aspetto più interessante della ricerca effettuata da Böckenförde è sembrato proprio l'ultimo citato: la ricostruzione cioè degli ideali e delle ideologie dominanti nel corso dell'Ottocento tedesco

54. C. Gide - C. Rist *Histoire* cit., II 445.

55. Su ciò si veda ancora, da ultimo, H. Maier *Die ältere deutsche* cit., *passim*. È forse utile anche un rinvio, per l'intera tematica qui trattata, a: P. Schiera *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'Assolutismo Tedesco* (Milano 1968), per il quale queste pagine hanno, in certa misura, costituito un lavoro preparatorio.

56. Basta fare riferimento, ancora una volta, all'indagine, in questo senso veramente paradigmatica, compiuta da F. Hartung *Zur Entwicklung* cit. Per la verità, lo stesso Böckenförde, alla nota 108 dell'ultimo Capitolo del suo lavoro, accenna a Roscher, Schmoller e Hintze, ma ribadisce di non poterne trattare nel contesto dell'opera, pur riconoscendo alla tendenza rappresentata da quegli autori di costituire un fattore del quadro complessivo della storiografia costituzionale tedesca del secolo scorso.

e la precisa determinazione dell'influsso che esse in vario modo hanno svolto su un settore importante della storiografia politica com'è quello della storia costituzionale. Se i risultati a cui Böckenförde è giunto nell'ambito specifico della storia della storiografia infatti non stabiliscono nulla di particolarmente nuovo e definitivo, costituisce invece un'acquisizione importante della moderna storiografia il tentativo da lui compiuto di tracciare una storia delle dottrine politiche tedesche dell'Ottocento alla luce dell'influsso che esse hanno svolto nell'ambito della speculazione storico-scientifica contemporanea. Sembra in realtà che questa sia la strada da seguire per ridare vigore alla storia delle idee politiche, trasferendone lo studio dal piano teorico-astratto in cui troppo spesso viene svolto, a quello più impegnativo ma certo più entusiasmante della reale efficacia da loro avuta — in quanto idee - forza più che come aridi sistemi filosofico-dottrinari — sia sul piano concreto della vita associativa, sia, come nel caso del lavoro di Böckenförde, su quello speculativo delle diverse scienze attinenti ai problemi dello Stato e della Società.

PIERANGELO SCHIERA

Milano, ottobre 1968.

Il tema.

Gli studi di storia costituzionale sono di nuovo in movimento. Allorchè Fritz Kern nell'anno 1919 dichiarò che « la vera natura statuale dello Stato medievale » era stata definitivamente stabilita da Georg von Below,[1] sembrò chiusa una contesa che durava da decenni, e parve chiarito per sempre, nei suoi tratti fondamentali, il quadro delle antiche condizioni costituzionali tedesche. Il trattato di storia del diritto tedesco di Richard Schröder apparve nel 1922 nella sua sesta edizione,[2] incontestato nel suo valore scientifico, e nel 1928 fu stampata la seconda edizione, a cura di Claudius von Schwerin, del secondo volume della *Deutsche Rechtsgeschichte* di Heinrich Brunner, che rappresentava l'opera fondamentale sulle condizioni del ‹periodo franco›.[3]

Tuttavia, dopo appena quarant'anni, questa rappresentazione ‹statuale› dell'antica situazione costituzionale tedesca è stata posta in discussione in modo così radicale, che non solo sono stati superati i singoli risultati a cui aveva condotto, ma ne sono state addirittura scosse le fondamenta. Ciò non è accaduto per mezzo di una rottura improvvisa, ma si è venuto producendo attraverso l'evoluzione stessa degli studi.

Già nel 1910 Aloys Schulte, nel corso delle sue indagini, svolte completamente sulla base di fonti, sulla Nobiltà e la Chiesa nel Medioevo, era giunto, in un singolo settore, a risultati che dovevano sollevare diversi problemi relativamente all'interpretazione ‹statuale› dei rapporti costituzionali dell'età medievale.[4] Otto von Dungern aveva poi osservato, andando oltre, la privilegiata

1. F. KERN *Recht und Verfassung im Mittelalter*, in « *HZ* » 120 (1919) 9 n 1; ora, nella ristampa (Darmstadt 1954) a pagina 19.

2. R. SCHRÖDER *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*. 6. Auflage, bearbeitete von E. von Künssberg (Leipzig 1922).

3. H. BRUNNER *Deutsche Rechtsgeschichte*. II: *Die fränkische Zeit*. 2. Auflage, bearbeitete von C. von Schwerin (Leipzig-München 1928); la seconda edizione del primo volume era già apparsa nel 1906, ancora ad opera di H. Brunner. Quanto alla critica, cfr. la recensione di U. STUTZ, in « *ZSSR(G)* » 48 (1928) 456 ss.

4. A. SCHULTE *Der Adel und die deutsche Kirche im Mittelalter* (Stuttgart 1910) ‹Kirchenrechtliche Abhandlungen, herausgegebene von U. Stutz, 63-64›. L'importanza storico-scientifica di quest'opera è stata ampiamente posta in luce da T. Mayer nella recensione alla ristampa del

posizione di potere della Nobiltà, e aveva scorto l'intrinseco problema dell'ordinamento medievale non più nel declino del potere statale e nella rottura di una costruzione statale chiusa, ma nel graduale inserimento della Nobiltà autogena in un ordinamento statale superiore.[5] Anche Adolf Waas si associò all'opposizione, nella misura in cui, coi suoi studi sulla ‹avvocazia› e la ‹Bede›, pose in questione come problema concreto i concetti e le distinzioni di diritto pubblico, con le quali si cercava di definire l'ordinamento medievale.[6] Inoltre, il lavoro del ‹Oesterreichisches Institut für Geschichtsforschung›, che si era posto, in modo particolare, il compito della scoperta e della interpretazione dei documenti, in quanto settore privilegiato delle fonti,[7] sconvolse ulteriormente quelle linee di fondo che solo in apparenza erano stabilmente definite. Alfons Dopsch, nel corso dei suoi studi, si allontanò sempre più dal quadro ‹statuale› degli antichi rapporti costituzionali, dal quale era partito, e indicò in modo molto preciso nuove linee di fondo dell'evoluzione costituzionale.[8] Hans Hirsch fissò chiaramente l'importanza dell'alta giurisdizione nobiliare ai fini della formazione della sovranità territoriale, indicando con ciò, in ogni caso, nuove linee strutturali della costituzione medievale, e Otto Stowasser nel 1925, ricercò sulle fonti e con piena consapevolezza, il vero significato di ‹territorio›, ‹diritto territoriale› e ‹duca›, nelle fonti austriache e bavaresi.[9]

1958, in «*Das historisch-politische Buch*» 7 (1959) 298. Peraltro Schulte non condivideva pienamente la considerazione ‹statuale› della storia costituzionale tedesca: cfr. A. SCHULTE *Fürstentum und Einheitsstaat in der deutschen Geschichte*, e *Der deutsche Staat, Verfassung, Macht und Grenzen 919-1914* (Stuttgart 1933).

5. O. VON DUNGERN *Der Herrenstand im Mittelalter* (1908); *Die Entstehung der Landeshoheit in Oesterreich* (Wien 1910); *Adelsherrschaft im Mittelalter* (München 1927).

6. A. WAAS *Vogtei und Bede in der deutschen Kaiserzeit* 2 v (Berlin 1922-1923). Waas respinse, con altri autori, l'interpretazione della ‹Bede› come prestazione statuale-autoritaria e come origine dell'imposta e la fece derivare, invece, dal ‹mundio›, inteso come potere di signoria e di difesa. Per Below ciò significava, allo stesso tempo, l'affermazione del carattere signorile-privatistico della ‹Bede› stessa: cfr. la sua presa di posizione in senso contrario in «*VJSWG*» 18 (1925) 240-241.

7. R. ROSENMUND *Die Fortschritte der Diplomatik seit Mabillon* (München-Leipzig 1897) 99 ss, 117.

8. Cfr. la critica circostanziata all'opera di G. VON BELOW *Der deutsche Staat des Mittelalters*, in «*MIOG*» 36 (1915) 1 ss; inoltre cfr. *Wirtschaftliche und soziale Grundlagen der europäischen Kulturentwicklung. Aus der Zeit von Caesar bis auf Karl den Grossen* 2 v (München 1923²), in cui le maggiori modifiche al quadro statale sopravvenuto vengono tratte dalla storia economica; in maniera più decisa tale posizione è poi tenuta da A. DOPSCH in *Benefizialwesen und Feudalität*, in «*MIOG*» 46 (1932) 1-36, sopra tutto contro Paul von Roth e Heinrich Brunner, e in *Die freien Marken in Deutschland* (Leipzig-Brünn 1933), dove viene sostenuta la relazione fra signoria e libertà e viene demolita l'antica teoria delle comunità di marca; infine cfr. *Herrschaft und Bauer in der deutschen Kaiserzeit* (Jena 1939), e *Die Grundherrschaft im Mittelalter*, in *Festschrift für A. Zycha. Abhandlungen zur Rechts- und Wirtschaftsgeschichte* (Weimar 1941).

9. H. HIRSCH *Die hohe Gerichtsbarkeit im deutschen Mittelalter* (Reichenberg 1922; Darmstadt 1958²); O. H. STOWASSER *Das Land und der Herzog. Untersuchungen zur bayerisch- österreichischen*

In Germania la ricerca, dopo il 1933, non si limitò al problema della ‹libertà› e al ‹ceto dei liberi› nella costituzione tedesca antica e medievale: l'allontanamento dal concetto liberale di libertà e di Stato, concomitante alla fondazione del potere nazional-socialista, palesò la relatività storica di quel concetto e fece sorgere un gran numero di nuove questioni.[10] Da allora, progressivamente, fino ad oggi, si sono raggiunti sempre nuovi chiarimenti, grazie alla rigorosa aderenza alle fonti a cui ci si è attenuti: i ‹liberi comuni› delle fonti carolinge, ‹l'obbligo di servizio militare di tutti i liberi›, i ‹liberi contadini›, i rapporti di signoria e libertà e sopra tutto il concetto di libertà, la posizione della Nobiltà e dei ceti, la formazione della signoria territoriale: tutto ciò è apparso ed appare sotto una luce assai mutata.[11] Anche la relatività storica del concetto di Stato e dei concetti e distinzioni a quello collegate hanno acquistato da allora sempre maggiore evidenza. Mentre Heinrich Mitteis si teneva ancora fermo alla relazione fra « diritto feudale e potere statale » e allo « Stato del Medioevo », seppure in una forma parzialmente modificata,[12] Otto Brunner, pro-

Verfassungsgeschichte (Berlin 1925); su ciò, cfr. anche O. BRUNNER *Land und Herrschaft* (München-Wien 1943[3]) 194-195.

10. La definizione di questa relazione non discredita in alcun modo le ricerche e le problematiche che hanno in essa il loro punto di partenza. Che dovessero sorgere nuove questioni per la ricerca storica, a causa di un mutamento politico del genere, è del tutto comprensibile, anche se ciò non è sempre facile da scorgere fuori di Germania, dove questa frattura non si verificò e dove ancora oggi, come per esempio in Svizzera, sussiste una ininterrotta continuità dello Stato liberale. Lo sviluppo ulteriore della ricerca ha dimostrato quanto fossero fruttuose queste problematiche.

11. Particolarmente Theodor Mayer, Heinrich Dannenbauer e Walter Schlesinger hanno proceduto lungo questa strada. Dalla congerie delle opere, si ricordino (in ordine cronologico): T. MAYER *Die Ausbildung der Grundlagen des modernen deutschen Staates im Mittelalter*, in « *HZ* » 159 (1939); *Königtum und Gemeinfreiheit im Mittelalter*, in « *DAEMA* » 6 (1943); A. WAAS *Herrschaft und Staat im deutschen Frühmittelalter* (Berlin 1938); *Die alte deutsche Freiheit* (München 1939); W. SCHLESINGER *Die Entstehung der Landesherrschaft* (Darmstadt 1941); H. DANNENBAUER *Adel, Burg und Herrschaft bei den Germanen*, in « *HJb* » 61 (1941); *Hundertschaft, Centena, Huntari*, in « *HJb* » 62 (1949); la raccolta di scritti a cura di T. MAYER *Adel und Bauern im deutschen Staat des Mittelalters* (Leipzig 1943); inoltre H. MITTEIS *Formen der Adelsherrschaft im Mittelalter*, in *Festschrift für Fritz Schultz* II (Weimar 1952); K. S. BADER *Volk, Stamm, Territorium*, in « *HZ* » 176 (1953); W. SCHLESINGER *Herrschaft und Gefolgschaft in der germanisch-deutschen Verfassungsgeschichte*, in « *HZ* » 176 (1953); H. DANNENBAUER *Die Freien im karolingischen Heer*, in *Aus Verfassungs- und Landgeschichte. Festschrift für Theodor Mayer* I (Lindau-Konstanz 1954); O. BRUNNER *Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft*, in *Festschrift für Theodor Mayer* cit. I; infine i numerosi saggi nei volumi curati da Theodor Mayer, nella Collana ‹Vorträge und Forschungen›, sopra tutto il volume II: *Das Problem der Freiheit in der deutschen und schweizerischen Geschichte* (Lindau-Konstanz 1955) e il volume III: *Das Königtum* (Lindau-Konstanz 1956).

12. Cfr. *Lehnrecht und Staatsgewalt* (Weimar 1933), dove sono ancora del tutto vive le problematiche tradizionali e dove si tenta di giustificare la definizione del diritto feudale come « diritto pubblico funzionale » (pagine 1-19 dell'Introduzione, e sopra tutto pagine 7-8); inoltre cfr. *Der Staat des hohen Mittelalters* (Weimar 1940[1]) dove, alla pagina 3, è scritto: « Per la storia, Stato

veniente dalla scuola del ‹Oesterreichisches Institut für Geschichtsforschung›, ha dimostrato, nel corso delle sue fondamentali indagini sulle condizioni costituzionali del basso Medioevo, l'impossibilità di usare il concetto di Stato e gli altri concetti e distinzioni, derivanti da quest'ultimo, ai fini dell'esatta comprensione dell'ordinamento politico medievale.[13]

In questo modo è stato gradualmente rimesso in questione, secondo punti di vista e metodi diversi,[14] il quadro tradizionale degli antichi rapporti costituzionali germanici, costruito in modo solo apparentemente definitivo attraverso il lavoro di diverse generazioni di studiosi. Fin dove le nuove linee, che si vanno delineando, trovino riconoscimento generale, lo rileveranno gli studi futuri; la discussione è ancora in pieno corso, e non mancano gli interventi anche a favore delle tesi antiche. Ma la incontestabilità delle nuove posizioni non permette assolutamente più di continuare ad illudersi sulla fragilità delle antiche: tale fragilità può oggi essere affermata indipendentemente dal fatto e dalla misura in cui le tesi della ricerca più recente troveranno conferma definitiva. Ciò che Paul von Roth affermò, nel 1874, nei confronti di Savigny e di Eichhorn, può essere detto anche oggi, seppure in forma più attenuata:

è ogni ordinamento di un popolo al fine del raggiungimento dei suoi principali scopi politici» e dove viene ancora mantenuto nella sostanza il modello di un ordinamento statale. Anche nelle successive edizioni, Mitteis non ha apportato modifiche sostanziali.

13. *Land und Herrschaft, Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschalands im Mittelalter* (Wiesbaden-Wien 1939). Una sintesi dei risultati raggiunti in quest'opera si può trovare nel saggio: *Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte*, in «*MIOG. Ergänzungen*» 14 (1939). Brunner, per parte sua, ha ricevuto stimolo, non da ultimo, dalla letteratura teorico-costituzionale tedesca, che aveva elaborato il concetto della dipendenza storica e della peculiarità specifica dei moderni concetti di diritto statale, e sopra tutto dagli scritti di Carl Schmitt. Cfr. C. Schmitt *Verfassungslehre* (München-Leipzig 1928), e *Der Begriff des Politischen* (München-Leipzig 1931²); inoltre *Staatliche Souveranität und freies Meer*, in *Das Reich und Europa* (Leipzig 1941), di cui la prima parte è poi apparsa col titolo *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze* (Berlin 1958).

Land und Herrschaft cit., raggiunse, nonostante le vicende belliche, già nel 1943, la terza edizione. Il suo rapido successo è provato, fra l'altro, dalla recensione alla terza edizione, per opera di H. Mitteis, in «*ZSSR(G)*» 64 (1944) 410-418.

14. Per i lavori di Theodor Mayer e di Dannenbauer, è caratteristico che essi, senza alcun pregiudizio, siano giunti ai loro risultati solo in base al lavoro sulle fonti, ed in tal modo si siano gradualmente, passo dopo passo, distaccati dal modello e dal criterio d'interpretazione statuale. Cfr. ad esempio il saggio di T. Mayer *Königtum und Gemeinfreiheit im Mittelalter*, in «*DAEMA*» 6 (1943) ed il suo contributo *Die Königsfreien und der Staat des frühen Mittelalters*, in *Das Problem der Freiheit* cit., 7-56. Quanto a Dannenbauer, il processo della sua ricerca può essere seguito attraverso i singoli contributi che compongono il lavoro miscellaneo *Grundlagen der mittelalterlichen Welt* (Stuttgart 1958).

« l'edificio che questi uomini hanno faticosamente innalzato è andato in frantumi ».[15]

Su questo sfondo, la questione del condizionamento temporale della ricerca storico-costituzionale del XIX secolo acquista tutto il suo significato e la sua attualità. Infatti, la constatazione che l'edificio costruito dagli storici costituzionali del XIX secolo è divenuto vacillante fin nelle sue fondamenta, può facilmente condurre o a trascurare le questioni sollevate, ritenendole non sostanziali, per l'inconfessato timore di vedere crollare un terreno fin qui ritenuto stabile, oppure, al contrario, a considerare l'intera ricerca storico-costituzionale del XIX secolo soggetta alla critica ideologica ed al ridimensionamento che da questa deriva. Entrambe sarebbero risposte insoddisfacenti al problema che ci sta di fronte. Dall'accusa di essere stati ideologhi borghesi e di avere usato la storia come strumento di lotta ideologica, gli storici del XIX secolo devono essere difesi fino in fondo: il poderoso lavoro scientifico, sopra tutto le edizioni di fonti, che essi hanno realizzato e l'etica scientifica che sta dietro a tali opere, sono prova sufficiente di ciò.

Chiunque oggi si rivolga criticamente ai loro risultati, poggia nello stesso tempo sulle loro spalle. Nondimeno è errato evitare la questione della relatività storica della loro ricerca e della loro problematica; ciò peggiorerebbe soltanto la situazione e farebbe loro scarso onore, in quanto lascerebbe sussistere il timore che, in ultima analisi, tutto potrebbe concludersi con una demistificazione ideologica. Inoltre, proprio grazie ad un esame di quella storiografia alla luce dei moderni risultati, si può probabilmente giungere alla migliore conoscenza storica oggi possibile.

Per tutte queste ragioni, l'indagine seguente vuole assumere il problema della relatività storica della ricerca storico-costituzionale del XIX secolo come questione reale, e tentare di rispondervi. Essa tuttavia non ha nè l'intento di smascherare tale ricerca storico-costituzionale, nè di riabilitarla, ma soltanto di ristabilirla, dove è possibile, nella posizione storica che le è propria.

In base alla conoscenza che oggi abbiamo dei concetti di storia e di storicità, non può più apparire ingiustificato il tentativo di cogliere anche lo sviluppo della ricerca storico-costituzionale come un processo condizionato storicamente. In tal modo la sua portata non verrà sminuita, ma solo situata nella giusta luce, quanto alla sua entità e ai suoi limiti.

Se oggi si può tentare di affrontare questioni di tal genere, è in primo luogo grazie ai lavori di Otto Brunner. A differenza di osservazioni incidentali, che

15. Cfr. la recensione di Paul von Roth a R. SOHM *Die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung* (Leipzig 1871), in « *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* » 16 (1874) 192.

pure si trovano nella letteratura sull'argomento che qui interessa,[16] Otto Brunner ha reso questo problema per la prima volta tematico in quanto tale, nell'ambito di concrete indagini storico-costituzionali.[17] Anche se la sua indagine, sotto molteplici aspetti, appare suscettibile di ulteriore approfondimento, tuttavia essa conserva un significato durevole, grazie ai suggerimenti che se ne possono trarre.

Un tema come quello qui affrontato ha bisogno d'altra parte di chiare delimitazioni, se non vuole cadere nel pericolo di indeterminatezza. Il genere a cui appartiene implica che esso può venire svolto in due direzioni: innanzi tutto sulla base della situazione politico-storica nella quale una generazione di studiosi o singoli studiosi si trovano, secondo le problematiche, i sistemi di valore, gli ideali che da quella derivano; in secondo luogo in base alla risonanza che questa situazione e le corrispondenti problematiche, sistemi di valore e ideali hanno avuto sui risultati della ricerca. Dal momento che gli studi storico-costituzionali del XIX secolo si sono occupati in modo prevalente della situazione tedesca nell'Antichità o nel Medioevo, e per niente di quella moderna, si rende necessario un esame approfondito della storia costituzionale più antica. Esso tuttavia può e deve essere soltanto indiretto: la questione di come siano realmente andate le cose non viene, in quanto tale, posta nel presente lavoro, benchè ciò non escluda che si possa in qualche caso arrivare a conclusioni più avanzate. Le cognizioni e le tesi della ricerca attuale di storia costituzionale costituiscono lo sfondo per la trattazione del presente tema, ma esse interessano soltanto nella misura in cui è possibile individuare, per loro tramite, la dipendenza temporale di taluni elementi della ricerca precedente. Non è questa la sede per decidere se, oltre a ciò, tale ricerca dica l'ultima parola, oppure se si limiti a sostituire una nuova dipendenza temporale ad un'altra, come taluni critici ritengono.[18] I suoi risultati dunque possono venire impiegati, al fine di chiarire i risultati della ricerca più antica, indipendentemente da ciò.

Neppure può essere compito di questo lavoro elaborare una critica dettagliata delle più significative opere di storia costituzionale del XIX secolo. Non si tratta di un esame critico che separi quello che ancora in esse vi sia di utile da ciò che è definitivamente superato, ma si tratta della ricerca delle fondamentali problematiche e linee di interpretazione, dei concetti portanti e delle

16. Cfr. H. Dannenbauer *Adel, Burg und Herrschaft* cit., 81-82 (riguardo a Georg Waitz); K. S. Bader *Volk, Stamm, Territorium* cit., 243-245.

17. *Land und Herrschaft* cit., sopra tutto Sezione II 124-188, ma anche 21-46, 119-123, 451-463, 473-484. Questi pensieri vengono sviluppati nel saggio *Das Problem einer europäischen Sozialgeschichte*, in *Neue Wege der Sozialgeschichte* (Göttingen 1956) 7-33.

18. L'opinione personale dell'Autore è che la ricerca più recente scorga molto meglio della precedente l'essenza dell'ordinamento politico cetuale antico e medievale nel suo carattere non-statale.

osservazioni che formano il quadro tradizionale degli antichi rapporti costituzionali. D'altra parte non serve fissare questi ultimi soltanto in generale, ma è anche necessario fare riferimento a risultati concreti. In questo senso vengono presi in considerazione anche problemi singoli della storia costituzionale antica o medievale, non per il loro significato immediato, ma come indici rappresentativi od interpretativi di una realtà più complessa, inerente al tema qui trattato.

Il lavoro si limita, inoltre, agli studi di storia costituzionale *tedesca*, e solo agli studi di *storia costituzionale*. Sarebbe suggestivo allargare l'attenzione fino a comprendere gli studi francesi, dal momento che per molto tempo essi costituirono l'esatta controparte della ricerca tedesca,[19] ma in questo modo il lavoro crescerebbe fino a divenire incontrollabile. Tanto più che i problemi impliciti nel tema si pongono in termini diversi per la Germania — limitatamente all'andamento della storia tedesca nel XIX secolo — e per la Francia, come apparirà evidente da quel che sarà detto in seguito.

La limitazione alla ricerca di marca tedesca vale in due sensi: in primo luogo ciò significa che verranno presi in considerazione solo gli studi compiuti da studiosi tedeschi, in secondo luogo che saranno esaminati solo quelli che si riferiscono alla vera e propria storia tedesca.

L'opera di Rudolf von Gneist, relativa alla storia costituzionale inglese, resta così esclusa dalla presente considerazione. Che poi, oltre a tutto quanto si è detto, la scelta ulteriore sia stata condotta sulla base dell'importanza, del significato sintomatico e dell'efficacia storica delle opere, si comprende da sè, se si pensa all'ampiezza del tema.

La delimitazione alla ricerca storico-costituzionale non si fonda sul concetto di costituzione corrente nel XIX secolo, ma su un concetto più largo che intende la costituzione come la concreta forma di organizzazione politica esistente in un determinato periodo.[20] Decisive in questo senso sono ragioni di fatto, che sono implicite nel tema stesso e che nel corso del lavoro potranno da sole rendersi manifeste.

La storia del diritto privato e penale, come anche la storia economica, sono escluse consapevolmente: con la ‹storia del diritto›, nel senso proprio dei trattati tradizionali, si stabilisce invece una relazione come fra due cerchi intersecantisi.[21]

19. Sopra tutto per P. von Roth e — indirettamente — anche per Rudolf Sohm, cfr. Capitolo 4, I-II.

20. Su ciò O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., 187.

21. In tal modo si forma, per certi aspetti, una delimitazione del concetto di storia costituzionale diversa da quella presente in F. Hartung *Zur Entwicklung der Verfassungsgeschichtsschreibung in Deutschland*, in « *Sitzungsberichte der Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin. Klasse für Philosophie, Geschichte, Staats-, Rechts- und Wirtschaftswissenschaft* » (1956), il quale comprende in essa anche la ricerca storica derivante dalla scienza dello Stato (orientata in senso economico) che è rappresentata da autori come Roscher e Schmoller.

Inoltre, i singoli studiosi possono essere presi in esame, nel corso di questa indagine, solo nella misura in cui la loro opera rientra nell'ambito della ricerca storico-costituzionale, nel senso che si è indicato; spesso perciò viene esaminato solo un settore della loro opera complessiva: ciò vale particolarmente per Otto von Gierke e Rudolf Sohm.

Infine, dev'essere ancora richiamata l'attenzione sul fatto che il presente lavoro è un lavoro di scienza storica e rimane perciò nei limiti che gli sono propri. A problemi filosofici, sopra tutto di teoria o di sociologia della conoscenza, per quanto essi possano essere vicini al tema, il lavoro non darà risposta, non potendo soffermarvisi. Per tali questioni, che evidentemente hanno la loro importanza e il loro peso, esso può forse apprestare materiale storico, e in questo modo offrire il pretesto per qualche considerazione. Ma proprio ciò presuppone che esso allontani da sè questi problemi, che rimanga nell'ambito della descrizione del processo storico, e che non si lasci sviare dal sicuro terreno che è garantito dall'aderenza al materiale storico. « Historia facta docent ».

CAPITOLO PRIMO

Il punto di partenza della ricerca storico-costituzionale in Germania: Justus Möser.

I.

L'accostamento al mondo e al pensiero storico, di cui dobbiamo rendere grazie al XVIII secolo,[1] e dal quale è nata la moderna scienza storica, è stato attuato, per primo, in Germania, per il settore della costituzione e del diritto, da Justus Möser. Questo accostamento fu stimolato e accelerato, oltre che dall'influsso esercitato su di lui negli anni giovanili dall'Illuminismo francese e più tardi da Montesquieu,[2] sopra tutto dalla consapevole comprensione del mondo in cui si trovò a vivere, e dall'attività che in esso egli svolse.[3] La sua vita trascorse nella tranquillissima Westfalia, particolarmente nel Principato vescovile di Osnabrück, nell'ambito di ordinamenti tradizionali, prodotti da un lento processo storico, e la sua triplice posizione di ‹Referendario segreto› 〈Geheime Referendar〉 del governo territoriale, di Sindaco del ‹ceto› nobiliare e di libero avvocato[4] lo portò continuamente a contatto con il paese e la sua popolazione, con i suoi usi e costumi ed i suoi molteplici ordinamenti giuridici.[5] In Westfalia la storia si era svolta senza contrasti; attraverso successive stratificazioni si erano formate la costituzione e il diritto, i prodotti dei differenti secoli vivevano l'uno accanto all'altro, senza che la mano energica di uno spirito ordinatore vi avesse fatto mai irruzione, sconvolgendo il tutto. L'ordina-

1. Sul problema, nel suo insieme, W. Dilthey *Das 18. Jahrhundert und die geschichtliche Welt* (Stuttgart-Göttingen 1959²) ‹Gesammelte Schriften, 3›, e F. Meinecke *Die Entstehung des Historismus* (München 1959³).

2. Su ciò, cfr. gli accenni di K. Brandi nell'Introduzione a J. Möser *Gesellschaft und Staat. Eine Auswahl aus seinen Schriften.* Herausgegebene von K. Brandi (München 1921) XX-XXI.

3. F. Schnabel *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert* I (Freiburg 1947³) 189-190.

4. Cfr. O. Hatzig *Justus Möser als Staatsmann und Publizist* (Hannover-Leipzig 1909) 14-21.

5. Una valutazione della personalità e dell'attività di Möser è offerta recentemente da H. U. Scupin *Justus Möser als Westfale und Staatsmann*, in « *Westfälische Zeitschrift* » 107 (1957) 135-152.

mento di questo Stato territoriale, come quello dell'Impero stesso,[6] si lasciava comprendere solo attraverso la sua storia ed era inevitabile che risvegliasse in un ‹uomo d'affari›, com'era Möser, il senso del divenire e del crescere, della continuità delle condizioni storiche e della connessione concreta di tutto l'accaduto.[7] « Tutti gli elementi del pensiero storico sono in lui già presenti », osserva Franz Schnabel.[8]

Così Möser realizzò l'importantissimo passaggio dall'osservazione storica di tipo pragmatistico, propria della storiografia diplomatica statale e imperiale fino allora in uso,[9] alla concreta storia politica ‹nazionale›. « La storia della Germania può prendere, a mio avviso, una piega completamente nuova, se noi seguiamo, attraverso tutti i loro mutamenti, i proprietari comuni di terre, come le vere parti costitutive della Nazione, se ne ricostruiamo, in base ad essi, il corpo e se consideriamo i grandi e piccoli obbligati di questa Nazione, come cattive o buone accidentalità del corpo ».[10] Ciò che è stato fatto finora, egli continua, era solo una descrizione della vita e dell'attività dei medici, senza pensare al corpo malato, ora invece questo stesso corpo viene portato al centro dell'attenzione: la storia narra la « unità, lo svolgimento e la forza dell'epopea ».[11]

In queste frasi vi è un duplice ordine di tendenze: in primo luogo l'inclinazione verso un pensiero storico, che è esso stesso espressione di una ininterrotta continuità storica, che dunque permette di affermare la storicità come il modo dell'accadere e non eleva, come farà più tardi il movimento nazionale, la storia a postulato e criterio politico. In secondo luogo, l'orientamento verso un'autentica storia costituzionale, nella misura in cui con ciò non s'intende un diritto statale superato, orientato nel senso della ‹costituzione› del XIX secolo, ma — con Otto Brunner[12] — la configurazione della struttura interna di concreti ordinamenti giuridici.[13]

6. Della struttura per strati dell'antica costituzione imperiale offre un buon quadro H. E. Feine *Das Werden des deutschen Staates seit der Ausgang des Heiligen Römischen Reiches 1800-1933* (Stuttgart 1936) 9-24.

7. Bisognerebbe porre in primo luogo la questione fino a che punto non sia il caso di spiegare il senso per la realtà storica, che si sviluppò proprio in Germania nel XVIII secolo, sulla base di questa realtà totalmente definita storicamente e comprensibile solo storicamente e dell'ambito di vita dell'antico Impero, ad essa legato, invece di ricercarlo, come fa W. Dilthey *Das 18. Jahrhundert* cit., 247, in modo del tutto astratto, nelle profondità dello spirito tedesco.

8. F. Schnabel *Deutsche Geschichte* cit., I 190. W. Dilthey *Das 18. Jahrhundert* cit., 256: egli vede in Möser sopra tutto l'inizio della Scuola storica.

9. Su ciò F. Schnabel *Deutsche Geschichte* cit., I 189-190.

10. Möser: Vorrede ix-x.

11. Möser: Vorrede ix-x.

12. Cfr. O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., 187-188.

13. W. Dilthey *Das 18. Jahrhundert* cit., 256 dice di questa idea di una storia tedesca che essa è « tanto grande e profonda che fino ad oggi non è ancora stata attuata ».

Se dall'accostamento al mondo storico scaturisce un programma concreto come questo, anche il problema del nostro tema si pone in termini perentori. Da dove si ricava il quadro del passato e dello svolgimento della storia? Le fonti offrono il materiale, astratto e isolato, ma non la ‹forma› e il contesto concreto, dal quale soltanto deriva la loro testimonianza in senso proprio. Esse vogliono essere interrogate e rispondono a seconda del modo in cui vengono interrogate. Ma da che punto di vista vengono interrogate? Partendo dalla libertà ‹pura› dello spirito, isolato dal suo contesto e dalla sua storia, oppure partendo dalla connessione con una determinata situazione storica, cioè dalle concrete posizioni problematiche e polemiche, dalle concezioni generali e dalle rappresentazioni concettuali che caratterizzano il tempo nel quale vive colui che interroga?

Nella sua *Osnabrücker Geschichte* Möser dà un quadro d'insieme dello sviluppo costituzionale del territorio di Osnabrück dagli inizi fino ai primi anni del XIV secolo.[14] Egli vive nel mondo ‹imperial-territoriale› del XVIII secolo, tarda forma della ‹antica Società per ceti›,[15] caratterizzata da molteplici signorie — delle quali le maggiori si rafforzarono gradualmente dopo la Pace di Westfalia trasformandosi in Stati — e da una struttura organizzativa basata sui ceti. Il passaggio verso la separazione di Stato e Società fu realizzato qui, nei suoi prodromi,[16] mentre le problematiche spirituali all'insegna dell'Illuminismo francese cominciarono a misurarsi sempre più a questo nuovo ordine che si andava annunciando, e ad esserne quindi determinate.[17]

Che influsso ebbero questo ordinamento e queste posizioni polemiche e problematiche sul quadro che Möser ci dà dello sviluppo costituzionale di Osnabrück?

Questo è l'argomento di cui ci occuperemo.

14. Apparso per la prima volta nel 1765 (I volume) e nel 1778 (II volume), il resto solo ad intermittenze: cfr. K. Brandi Introduzione cit., xix.

15. Il concetto di « società alto-cetuale » qui ed in seguito va inteso nel senso di Otto Brunner: cfr. O. Brunner *Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft*, in *Aus Verfassungs- und Landgeschichte. Festschrift für T. Mayer* cit., I 293-294.

16. Cfr. W. Conze *Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands*, in « *HZ* » 186 (1958) 6-7.

17. Ciò appare in modo particolarmente chiaro nell'Enciclopedia francese, la cui concezione dello Stato ed il cui quadro storico è stato studiato in profondità da E. Weis. Gli apprezzamenti sul carattere e lo sviluppo del feudalesimo, come sulle origini della costituzione francese sono colà già del tutto improntate alle categorie di pensiero di Stato e Società; quanto alla problematica e alla costruzione essi si muovono nell'ambito di questo modello di ordinamento. Cfr. E. Weis *Geschichtsschreibung und Staatsauffassung in der französischen Enzyklopädie* (Wiesbaden 1956) 38-39, 40, 41 (Boucher d'Argis), 27-29, 47-48, 49-50.

II.

1. Il complesso di fonti, sulle quali si regge l'indagine di Möser sull'antica costituzione sassone, è naturalmente ancora limitato. Sostanzialmente si tratta della *Germania* di Tacito, del *De bello gallico* di Cesare, della *Storia dei Franchi* di Gregorio di Tours, inoltre delle ‹Leggi nazionali› ⟨Volksrechte⟩ — nella misura in cui ai suoi tempi erano note — e dei Capitolari franchi. Tacito e Cesare erano, fin dall'Umanesimo, le maggiori autorità relativamente alla costituzione alto-medievale germanica; da essi aveva sempre attinto nuovo alimento l'idea di ‹libertà germanica›,[18] e le condizioni che essi descrivevano erano, agli occhi del tempo, nient'altro che le condizioni dei Germani. Alle ‹Leggi nazionali› e ai Capitolari risaliva poi senz'altro l'ininterrotta continuità storica,[19] poichè anch'essi parlavano di ‹liberi› (‹ingenui›, ‹homines liberi›), di Assemblee di popolo e giudiziarie, di giudici e capi (‹principes›, ‹iudices›) e comandanti militari (‹duces›) in parte eletti, in parte nominati, di differenze di ceto, e così via. Per Möser, servirono da ulteriori fonti, a dimostrazione dell'unità e della continuità dello sviluppo storico, i liberi contadini delle sue campagne, associati in autonome ‹comunità di marca› e ‹di giudicatura› ⟨Mark- und Gerichtsgemeinden⟩, e i ‹tribunali liberi› ⟨Freigerichte⟩ della Westfalia, che egli conosceva per esperienza diretta. Essi avevano potuto conservare la loro libertà ed autonomia e il loro ordinamento comunitario fin dal Medioevo, e le loro origini risalivano di fatto alla situazione documentata dai Capitolari.[20] Soltanto che essi, come nei Capitolari, non rappresentano i successori di liberi ‹contadini esercitali› ⟨Wehrbauern⟩ germanici, e non costituiscono la continuazione di istituzioni tacitiane e di diritto nazionale, bensì l'insediamento di ‹liberi del Re› in comunità chiuse e di giudicatura, su terre (fiscali) di proprietà regia, ottenendone il possesso ereditario, in cambio dell'obbligo al servizio militare ⟨Heerfolge⟩ e al tributo regio: si tratta cioè della colonizzazione militare franca su terre di conquista e di confine, che fondava una ben definita libertà sulla base di una diretta sudditanza al Re.[21]

18. Cfr. su ciò E. Hölzle *Die Idee einer altgermanischen Freiheit vor Montesquieu* (München-Berlin 1925) 6-7, 39 (Conring), inoltre, per l'Enciclopedia francese, E. Weis *Geschichtsschreibung* cit., 26-28, 35-37, 47-48.

19. Già Montesquieu, nel considerare il diritto feudale dei Franchi, procede da un pieno accordo fra le ‹Leges barbarorum› e Cesare e Tacito; cfr. *De l'Esprit des Lois* Livre XXX, Chapitre 2, 374.

20. Da ultimo la dimostrazione di H. Dannenbauer *Freigrafschaften und Freigerichte*, in *Das Problem der Freiheit* cit., 57-76, sopra tutto 71.

21. La teoria dei ‹liberi› nel Regno franco e carolingio è stata fondata su basi interamente nuove dalle ricerche di T. Mayer e di H. Dannenbauer, attraverso le quali è stato dimostrato che il così detto « ceto dei liberi comuni » era una finzione dei manuali di storia del diritto e costituzionale. Nel corso del presente lavoro si dovrà ritornare ancora più volte su questo punto. Cfr.

2. Che quadro ci dà Möser dell'antica costituzione sassone e del suo sviluppo? Fondamentale è la ‹casa› e il suo ordinamento stabilito dal ‹Signore di casa›. ‹Signori di casa› e ‹case› coesistono, gli uni accanto agli altri, senza essere fra loro legati da vincoli signorili o comunitari. Ogni ‹casa› è per sè stessa comunità di pace, di diritto e di difesa, ed il ‹Signore di casa› è Re, Giudice e Sacerdote in una sola persona.[22] Stirpe, seguito, spedizioni di guerra non vengono in considerazione come espressione di un superiore contesto sociale, anche le faide non vengono mai espressamente nominate. Ogni ‹Signore di casa› vive nella piena ‹antica libertà›: in un mondo sprovvisto di potere autoritario.

Möser ha qui giustamente riconosciuto nella ‹casa›, nell'‹oikos› la forma originaria dell'ordinamento giuridico dell'Europa altomedievale[23] — nella cui ultima fase, ormai avviata a conclusione, egli viveva — e non vi è dunque bisogno di spiegazioni particolari, se egli richiama in un punto della sua opera, la *Politica* di Aristotele.[24] Anche la ricerca più recente è orientata a spiegare la nascita di un ordine politico e sociale superiore, come il potere regio, in base ad un allargamento e ad un accrescimento della ‹Signoria di casa›.[25] Ma in Möser vi è anche qualcosa di più. Dalla struttura della ‹Signoria di casa›, da lui posta a fondamento del sistema, egli non trae la prossima e necessaria conseguenza: che cioè si sia trattato, a quei tempi, di un ordinamento di tipo signorile-nobiliare; egli considera la posizione dei ‹Signori di casa› e la loro libertà come tipica di tutti i ‹liberi›.[26] Ogni ‹libero›, cioè ogni proprietario di terra — gli ‹ingenui› delle ‹Leggi nazionali› e gli ‹homines liberi› dei Capitolari — è ‹Signore di casa› e, in quanto tale, partecipa della piena libertà, determinata dalla sua autocrazia e dall'assenza di potere superiore. Di subordinati e di ‹non-liberi› non si faceva ancora cenno,[27] poichè la libertà, finchè si rimane sul terreno storico, può essere pensata compiutamente solo come libertà di tipo originale (nobiliare), la quale a sua volta presuppone un proprio ambito

T. MAYER *Königtum und Gemeinfreiheit* cit., 329 ss, sopra tutto 348-355; *Die Königsfreien und der Staat* cit., 7-56; H. DANNENBAUER *Die Freien im karolingischen Heer* cit., 49-64; *Freigrafschaften und Freigerichte* cit., 57-76; *Königsfreie und Ministerialen*, in *Grundlagen der mittelalterlichen Welt* cit., 332 ss.

A integrazione e correzione di conclusioni più avanzate cfr. anche H. GRUNDMANN *Freiheit als religiöses, persönliches und politisches Postulat im Mittelalter*, in «*HZ*» 183 (1957) 23-53.

22. MÖSER: Introduzione § 8 con le note, pagine 9-11.

23. Su ciò O. BRUNNER *Das ganze Haus und die alteuropäische Oekonomik*, in *Neue Wege* cit., 33-61, sopra tutto 38 ss, e *Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft*, in *Aus Verfassungs- und Landgeschichte* cit., 299-300.

24. MÖSER: Introduzione § 8, pagina 10.

25. Cfr. W. SCHLESINGER *Herrschaft und Gefolgschaft* cit., 135-190; allo stesso modo H. DANNENBAUER *Adel, Burg und Herrschaft* cit., 60-134.

26. MÖSER: Introduzione §§ 9-10, pagine 11-14.

27. MÖSER: Introduzione §§ 9-10, pagine 11-14.

di potere e dei dipendenti. Alla base della concezione di Möser sta la rappresentazione di una convivenza originaria, priva di signoria, di liberi ed uguali, la cui struttura è orientata nel senso della condizione naturale, astatuale, propria della teoria giusnaturalistica dello Stato. ‹Casa› e ‹Signoria di casa› sono concetti riferiti alla famiglia piccola e privata, necessariamente ristretta, che come tale ha avuto origine solo dal superamento del ‹oikos›, cioè dell'antica struttura della ‹casa›:[28] tali concetti vengono assunti isolatamente e ridotti in tal modo ad elemento originario, a punto di partenza di ulteriori ordinamenti, più complessi.

Che in Möser il modello della condizione di natura astatuale agisca in questo senso, è ancora ribadito dal fatto che egli deduce l'esistenza di ordinamenti politici e sociali superiori da una progressione di costruzioni comunitarie dei proprietari di terra. Costoro, che vivono isolati e in piena libertà, si uniscono ad un certo punto in comunità di marca, in unioni economiche, nel cui ambito d'azione cade solo il regolamento dell'uso delle terre comuni, delle foreste, dei pascoli, e cosi via.[29] Per questa via si giunge all'unione in ‹mannie›, comunità con funzioni di giurisdizione e di difesa, dotate di capi-giudici eletti, le quali, quanto alla giurisdizione, si basano sul principio della garanzia collettiva, senza potere di vita e di morte, e, quanto alla difesa, sui doveri connessi all'‹eribanno› e sull'autoequipaggiamento militare.[30] Il diritto dei membri della comunità è dunque legato al libero bene militare, al ‹manso›, come al sustrato reale della libertà e alla garanzia per l'adempimento dei doveri comunitari.[31] Le ‹mannie› infine si riuniscono, in vista della loro sicurezza, in Stati, con Re eletti,[32] che però non hanno alcun potere signorile proprio con diritto di vita e di morte, ma solo la funzione di ‹director societatis›.[33]

Così nasce lo ‹Stato dei liberi proprietari di terra›, come un complesso democratico-comunitario, basato sulla libertà e sull'uguaglianza, acquistata attraverso la proprietà della terra. Tutte le disposizioni comuni riposano sul principio dell'autogoverno: esse abbisognano dell'approvazione da parte dell'‹Assemblea nazionale dei liberi esercitali›.[34] Palesemente, gli ordinamenti con-

28. Su ciò O. BRUNNER *Das ganze Haus* cit., 42.

29. MÖSER: Introduzione §§ 9-10, pagine 11-14.

30. MÖSER: Introduzione §§ 13-14, 20-22, pagine 18-20, 29-34.

31. MÖSER: Introduzione §§ 20-23 dove il bene militare è già presupposto, e § 24, dove esso viene ancora espressamente nominato.

32. MÖSER: Introduzione § 25, pagine 37-38.

33. MÖSER: Introduzione § 25, pagine 37-38, e ancora MÖSER: 164. Möser fa derivare l'origine di un vero e proprio potere regio dotato di diritto di punizione e di coazione dall'influsso del Cristianesimo che attraverso l'incoronazione (Königsalbung) ha fondato un potere a base religiosa sui liberi ‹esercitali› ed in tal modo ha creato per la prima volta un vero e proprio ‹regnum›.

34. MÖSER: Introduzione § 27, pagine 40-42.

tadino-comunitari, esistenti ai tempi di Möser, prestano lo sfondo per la costituzione interna appena descritta dei diversi raggruppamenti comunitari.[35,36]

3. In questo quadro costituzionale, costituisce un problema particolare l'esistenza della Nobiltà e della divisione ‹per ceti›. Entrambi questi fenomeni non possono essere esistiti da sempre, ma devono essere sorti come un prodotto della storia, dall'evoluzione delle condizioni originarie di libertà ed uguaglianza. Per Möser la libertà si costituisce solo dopo la riunione in « Stati », e precisamente allorchè diventano ereditarie le cariche nell'‹eribanno›. Questa ereditarietà si trasferisce, nello stesso modo, anche sui beni, e in tal modo si formano speciali « beni dei capi militari », che in seguito divengono beni nobiliari.[37] La Nobiltà militare mantiene anche un seguito e costituisce quindi speciali rapporti di servizio e di protezione accanto e al di fuori del generale ‹eribanno›. Sui diritti politici, per il resto, la nascita della Nobiltà non ha alcun effetto; ai fini dell'‹Assemblea nazionale›, ‹nobili› ed ‹esercitali› mantengono la stessa importanza.[38]

Accanto alla Nobiltà e ai ‹liberi esercitali›, Möser colloca la ‹gente› comune. Criterio distintivo è che costoro sono sottoposti ad un potere particolare o si trovano in uno stato di servizio, di protezione o di soggezione giurisdizionale.[39] La loro nascita si fonda comunque su ragioni storiche: perciò i seguiti degli ufficiali militari acquistano una particolare importanza per il disfacimento e la decadenza dell'‹eribanno›.[40] Möser risale, nella sua indagine, oltre l'alto Medioevo sassone, e dà delle diverse differenziazioni di questa ‹gente› un chiaro quadro,[41] fondato sui molteplici ordinamenti e legami signorili dell'alto e basso Medioevo, che, nelle loro propaggini, erano ancora decisivi per lo stesso ordinamento per ceti del XVIII secolo. La principale distinzione dipende per Möser dalla natura dei legami signorili, a seconda che siano soltanto di natura contrattuale, cioè rescindibili dopo la scadenza del termine e perciò liberi, ovvero siano legati alla ‹status›, in modo da non potere essere sciolti senza permesso o lettera di franchigia da parte del ‹ceto›. Il primo tipo di legame non sminuisce direttamente la libertà: anche un ‹libero esercitale› può sottostare ad esso senza perdita di diritto; il secondo instaura invece rapporti di dipen-

35. MÖSER: Introduzione §§ 10 e 11, pagine 12-16, e 32-34.
36. Nel complesso, è sorprendente come spesso la *Germania* di Tacito viene addotta a prova delle condizioni descritte: cfr. ad esempio MÖSER: § 14, note *c*, *d*; § 21, note *e*, *f*; § 22, nota *a*; § 23, note *c*, *f*; § 26, note *a-c*; § 27, nota *b*. Per le ‹leges› anglosassoni, cfr. MÖSER: § 15, note *a*, *b*; § 17, note *a*, *b*; § 19, nota *a*.
37. MÖSER: Introduzione § 26, pagine 38-40.
38. MÖSER: Introduzione 40, sulla base del Capitolo 20 della *Germania* di Tacito.
39. MÖSER: Introduzione § 33, pagine 50-51; cfr. anche la tabella a pagina 72.
40. MÖSER: Introduzione §§ 34-36, pagine 51-55.
41. Tabella in MÖSER: Introduzione § 44, pagine 72-73.

denza e sudditanza: la loro portata può andare dal ‹sergente› nobile, fino al servo, che si trova nella condizione di ‹proprietà›.[42]

In tal modo Nobiltà e ‹gente comune› ⟨Leute⟩ appaiono come emanazioni storiche verso il basso e verso l'alto del centro portante — il vero e proprio popolo — dei ‹liberi›, che, in quanto tali, dopo come prima, sono i portatori dello « Stato » democratico comunitario.

III.

Già dalla descrizione appena fatta si comprende come il quadro dell'antica costituzione sassone tracciato da Möser sia improntato, in maniera decisiva, alle problematiche e alle questioni di fondo proprie del tempo in cui egli scrive. Quest'argomento dev'essere ora esaminato più da vicino.

1. Ciò che Möser ci presenta come la costituzione sassone dell'alto Medioevo non è solo una descrizione di storia costituzionale antica, ma anche, contemporaneamente, una teoria delle origini della società umana. In ciò vi è un segno caratteristico del passaggio dal pensiero giusrazionalistico a quello storico, che caratterizza il tardo XVIII secolo. La dottrina giusrazionalistica dello Stato non si poneva il problema delle origini storiche, bensì quello della fondazione nazionale dello Stato e, in particolare, della società umana: ciò avveniva per mezzo del ricorso alla ‹natura› come all'elemento permanente e costante, percepibile razionalmente nelle sue leggi di fondo, e indipendente dagli aspetti contingenti del divenire storico. Si doveva astrarre dalla tradizione storica e da tutto il contesto storico; scomporre lo Stato analiticamente nei suoi elementi ‹naturali› — i singoli uomini; e comprenderlo, in base a questi suoi ‹fondamenti ultimi›, nella struttura interna e nelle sue leggi di fondo.[43] Hobbes[44] ha descritto questa esperienza in termini classici, e l'ha sviluppata conseguentemente, e il suo tempo l'ha seguito fino a Rousseau e a Kant, pur giungendo talora a risultati differenti.

Il punto di partenza, perciò, è lo stato di natura astatuale, nel quale gli individui esistono, senza legami fra loro, senza organizzazione sociale di nessun genere. Libertà, uguaglianza e assenza di signoria sono indispensabili corollari di tale punto di partenza. Ogni ordinamento sociale e politico può essere fondato solo in base a contratti degli individui fra loro. Il modello di que-

42. Servi come proprietà: Möser: Introduzione § 43, pagina 68; per il resto la tabella, alle pagine 72-73.

43. Cfr. E. Cassirer *Die Philosophie der Aufklärung* (Tübingen 1932) 339-340; H. Welzel *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (Göttingen 1951) 110-111.

44. Sopra tutto nel *De cive* (Lausanne 1760); quanto alla descrizione del metodo *Ibid.* « Praefatio ad lectores » 21.

sti ultimi è comunque prestabilito nel punto di partenza: in primo luogo gli individui si riuniscono in una società, che si basa sulla libertà e l'uguaglianza, in seguito la società così costituita pone sopra di sè un potere sovrano centrale (contratto statuale). Che ciò avvenga attraverso atti separati, oppure, come in Hobbes, con un unico atto, dal punto di vista strutturale il risultato è il medesimo: cioè la società unitaria degli individui liberi ed uguali, e, al di sopra di tale società, il potere statale, il cui titolare può essere o il popolo stesso, oppure un singolo sovrano.

Contro questo astratto modello sociale della teoria giusrazionalistica, che con l'avanzata dell'Illuminismo non solo era collegato con il potere assoluto,[45] ma, a causa dell'evidenza nazionale che gli era riconosciuta, veniva assunto anche come spiegazione storica, si impose, con la nascita del pensiero storico, l'idea dello sviluppo, del divenire e del crescere storico e della concreta molteplicità della vita.[46] Il richiamo agli ordinamenti naturali della famiglia, della stirpe, della comunità e del popolo, e del loro sviluppo organico, il richiamo alla viva concezione del mondo reale, si sostituirono all'uso di far risalire, ‹more geometrico›, il mondo concreto dell'uomo a concetti e schemi astratti e universalmente validi, sulla base dalla meccanica classica e del metodo di Descartes.[47]

Ma, nonostante il distacco dal pensiero giusrazionalistico, nello stesso tempo continua a sussistere nei confronti di quest'ultimo un legame tanto forte da condurre non solo ad un superamento definitivo, ma addirittura ad un tipo diverso di teoria naturale della società umana. Si rimane silenziosamente aderenti alla premessa della spiegazione dell'apparato sociale in base alla natura umana: soltanto non si procede dalla natura astratto-meccanicistica, ma dalla natura concreto-organica, verificata nella storia.

Per ogni riconoscimento di individualità e di specialità, che sia implicito in ciò, esiste anche qui un modello costante: all'inizio sta la famiglia, e da essa si sviluppano, in modo storico-organico, le unioni e gli ordinamenti, piccoli e grandi, personali, economico-sociali, e infine politici. Libertà, uguaglianza e carenza di signoria sono anche qui il punto di partenza. Non ci si può ingannare — in base alla considerazione che qui l'idea dello sviluppo è ricondotta al concetto di natura e che così la storia diventa ambito organico di sviluppo — sul fatto che si tratti di una teoria naturale della società umana. « Ciò che qui ho affermato », dice Möser alla fine della sua descrizione dell'antica costituzione sassone, « non appartiene interamente alla antica costituzione, ma riflette

45. Non solo i teorici dello Stato come Locke, Pufendorf, Christian Wolff, Rousseau, Kant scorgono nel contratto sociale il fondamento dello Stato, ma anche i teorici del diritto statale del XVIII secolo, come Pütter, Scheidemantel, Haeberlin e Gönner.

46. Sull'ultimo argomento F. SCHNABEL *Deutsche Geschichte* cit., I 185-186.

47. W. DILTHEY *Das 18. Jahrhundert* cit., 252-253.

il corso sempiterno della natura ».[48] Così, per lui, il Principato vescovile di Osnabrück può diventare un « microcosmo del mondo e dell'uomo storico ».[49] Ma si dovrà vedere in ciò non tanto il segno di un progredito pensiero storicistico,[50] quanto l'influenza persistente del diritto razionale che Möser non ha mai completamente abbandonato.[51]

Questa componente natural-teoretica nel suo quadro costituzionale spiega anche la relazione di contenuto con il modello sociale giusnaturalistico, che è già stato illustrato sopra. L'individuazione del punto di partenza nella libertà, uguaglianza ed isolamento dei ‹Signori di casa›, ridotti a ‹capi di famiglia›, la deduzione degli ordinamenti politici e sociali da progressive unioni associative, la struttura democratico-comunitaria dello stesso Stato dei proprietari di terre, la nascita dei ceti, attraverso lo smembramento della società originaria dei proprietari di terre: tutto ciò ha il suo fondamento ultimo nell'inconsapevole orientamento verso un modello sociale di tipo giusrazionalistico. Ed è caratteristico che proprio queste corrispondenze facciano in modo che i tipi di ordinamento considerati da Möser propri del tempo, come ‹casa› e ‹signoria›, e come ‹libertà› dei titolari dell'autogena ‹signoria di casa›, non vengano compresi ed interpretati in modo più esatto nella loro sostanza.

2. Ancora più manifesta di questa tendenza verso il pensiero natural-teoretico, appare, nella concezione costituzionale di Möser, l'incipiente separazione fra Stato e Società. Se si consultano i manuali meno recenti di storia del diritto e di storia costituzionale, la distinzione fra Stato e Società sembra essere uno schema di organizzazione generale, applicabile ad ogni ordinamento sociale e costituzionale.[52] Le ricerche più recenti, sopra tutto i lavori di Otto Brunner, hanno al contrario accertato che tale separazione e contrapposizione di Stato e Società costituisce una delle fasi di un concreto processo storico sviluppatosi in Europa, con intensità e rapidità differente nei singoli Stati, all'incirca fra il 1750 e il 1850.[53]

48. MÖSER: Introduzione § 44, pagine 69-70.

49. F. MEINECKE *Die Entstehung* cit., 319.

50. In questo senso MEINECKE *Ibid.* 319-320.

51. Cfr. la lettera citata da H. ZIMMERMANN *Staat, Recht und Wirtschaft bei Justus Möser* (Jena 1933) 15, in J. MÖSER *Sämtliche Werke* X 174-175: « Ogni storia dev'essere la storia naturale del contratto originale di una nazione con tutti i mutamenti verificatisi, se essa deve essere veramente pragmatica ».

52. Essa viene già posta a fondamento, « nella sua piena realizzazione », già dei primi e di tutti i successivi periodi della storia del diritto e costituzionale. Cfr. ad esempio l'Indice in H. BRUNNER *Deutsche Rechtsgeschichte* cit., I e II; inoltre C. VON SCHWERIN *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte.* IV. Auflage, bearbeitete von H. Thieme (Berlin-München 1950). Su ciò si veda da ultimo O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 134-150.

53. Vanno citati: O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., sopra tutto nelle Parti IV e V; *Die Freiheitsrechte* cit.; *Das Problem einer europäischen Sozialgeschichte* cit.; *Feudalismus. Ein Beitrag zur*

Tale processo ha il suo inizio allorchè la Monarchia e i Signori territoriali, fungendo da preparatori dello Stato moderno, concentrarono presso di sè e monopolizzarono in misura crescente ogni potere signorile sovrano svuotando in tal modo dall'interno i numerosi ordinamenti signorili c o n c r e t i della ‹antica società per ceti›. Essi crearono una rete di uffici e tribunali, dipendenti dal Re o dal Signore territoriale, articolati gerarchicamente (Stato monarchico amministrativo), estesero le loro competenze in contrasto con il potere signorile autogeno e con la ‹libertà› signorile dei ceti (proprietari terrieri nobili ed ecclesiastici, città, corporazioni) e istituirono, in base ad antichi titoli giuridici e ad una pretesa di sovranità applicata con pieno successo, nuove competenze di controllo, di revoca e di intervento. Venne in tal modo instaurato un rapporto s t a t a l e diretto di potere nei confronti dei sudditi; questi ultimi vennero estromessi politicamente dai concreti ordinamenti signorili, essendone allo stesso tempo liberati — «protezione e difesa» furono ora garantite dallo Stato monarchico o dal Signore territoriale —, e la posizione di potere privilegiata dei ceti si ridusse alla sfera privata, non-politica.[54]

Per questa via la ‹antica società per ceti›, strutturata per schemi politico-signorili — la «societas civilis sive populus» —, si divise da una parte nello Stato, che monopolizzò ogni potere signorile sovrano e ogni potere di decisione politica, dall'altra nella Società civile ‹non-politica›, come insieme delle persone private sottoposte al potere statale.

In questa ‹nuova› Società dei sudditi ovvero dei cittadini dello Stato continuarono ad esistere gli antichi raggruppamenti e distinzioni, ma con diverso carattere. I ceti si trasformarono da ceti signorili in strati sociali all'interno della società unitaria, caratterizzati da speciali qualificazioni giuridiche[55]. In modo particolare, coloro che fino allora erano stati titolari di potere signorile privilegiato sulla terra e sulla popolazione, si trasformarono — una volta spogliati della loro posizione politico-signorile — in uno dei nuovi ceti della specie

Begriffsgeschichte, in «*Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz. Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse*» (1958) X 591-627. Inoltre W. CONZE *Staat und Gesellschaft* cit. La storicità di questo processo è ancora direttamente apprezzata nelle osservazioni di Tocqueville sull'‹ancien régime› e specialmente nella filosofia del diritto di Hegel.

54. La precedente descrizione è basata sopra tutto su O. BRUNNER *Die Freiheitsrechte* cit., 297-303; *Das Problem einer europäischen Sozialgeschichte* cit., 24-28.

55. Cfr. O. BRUNNER *Die Freiheitsrechte* cit., 300-301; *Das Problem einer europäischen Sozialgeschichte* cit., 26. Tipica è la definizione di ‹ceto› contenuta nell'‹*ALR*› prussiano (§ 6 I 1): «Persone alle quali spettano, in grazia della loro nascita, posizione od occupazione principale, uguali diritti nella società civile, formano nel loro insieme un ceto dello Stato». Su ciò anche H. CONRAD *Individuum und Gemeinschaft* (Karlsruhe 1956) 13-18. In senso analogo, per i ‹ceti territoriali›, J. J. MOSER *Von der teutschen Reichsstände Landen* (Stuttgart 1769) 840: «Al contrario i ceti territoriali sono formati da quei c i t t a d i n i p r i v i l e g i a t i e comunque tali che il Principe non deve confonderli con la gente comune».

descritta, inseriti nel corpo della società; si fece pertanto problematica la loro speciale posizione giuridica, che l'Assolutismo poté bensì svuotare, ma non certamente eliminare totalmente. La loro posizione non comportava più, salvo eccezioni, nessuna funzione politico-signorile, ed assunse in tal modo, quanto al fondamento, carattere privato: trovò la sua legittimazione nella nascita o nel diritto ereditario e si trasformò in prerogativa, in scandaloso privilegio. D'altra parte, ora, ogni dipendenza giuridica da un soggetto diverso dal potere signorile statale del Re significava mancanza di libertà o dipendenza ⟨Hörigkeit⟩: essa infatti, dal momento che la funzione di difesa e di sicurezza si era trasferita allo Stato, era diventata dipendenza o sudditanza puramente ‹privata›, spodestata dal rapporto diretto con il potere ‹statale› e dall'appartenenza alla comunità unitaria dei sudditi o dei cittadini. Legittimato non era più, sostanzialmente, che un ceto (sociale): quello dei cittadini che si trovavano direttamente e in ugual misura sotto il potere statale unitario. L'appartenenza a questo ceto diventò l'essenza della ‹libertà›.

Ciò che qui è stato descritto a grandi linee, per rendere chiaro il processo storico, si compì concretamente attraverso un processo graduale. La più avanzata su questa strada era, ai tempi di Möser, la Francia, dove la fase finale della ‹antica società per ceti› era già stata pienamente raggiunta;[56] la Prussia e l'Austria giuseppina erano in cammino in quella direzione, ma la Germania dei Territori imperiali viveva all'ombra di queste grandi potenze, ancora saldamente ancorata agli ordinamenti tradizionali.[57]

Questa situazione di transizione trova un felice riscontro, in numerosi punti, nella rappresentazione che Möser ci dà degli antichi rapporti costituzionali. Accanto a ciò, non raramente, esistono punti di contatto con il lato naturalteoretico della sua indagine storica, la quale già per conto proprio sbocca nella fondazione di un ordinamento basato sui due termini Società-Stato, anche se legati in modo organico-comunitario.

Quando Möser, nel suo programma di una storia costituzionale tedesca, intende questa come concreta storia nazionale e nel suo punto centrale colloca i ‹liberi proprietari terrieri› come il vero e proprio asse portante del divenire storico, egli si rifà costantemente alla rappresentazione della comunità unitaria dei cittadini dello Stato, come il fondamento propriamente naturale e normale, che merita di essere seguito in tutto il suo sviluppo e nei suoi mu-

56. Cfr. su ciò le esaurienti descrizioni in A. de TOCQUEVILLE *L'Ancien Régime et la Révolution*. Publié par J. P. Mayer (Paris 1952), sopra tutto Libro II, Capitoli 1, 5, 8-9 e Libro III, Capitolo 4.

57. Questi stadi differenziati di sviluppo nel processo verso l'ordinamento di Stato e Società vengono bene posti in luce da W. CONZE *Staat und Gesellschaft* cit., 3-8. Cfr. anche E. R. HUBER *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789* I (Stuttgart 1957) 90-91 e 96 ss (Prussia).

tamenti.[58] Se si uscisse in qualche modo da una rappresentazione signorile-nobiliare delle antiche condizioni costituzionali, questo programma perderebbe la sua giustificazione interna.[59]

Corrispondentemente, la costruzione di ordinamenti signorili concreti e sopra tutto l'attestarsi del potere e della sudditanza, come elementi strutturali di un ordinamento costituzionale, devono essere espressione di un processo di dissoluzione e provenire da speciali circostanze, agenti dall'esterno. Così Möser pretende che fin dai tempi di Ludovico il Pio gli uomini comuni ⟨die Gemeinen⟩ fossero sacrificati agli ‹avvocati› imperiali, laici ed ecclesiastici e dovessero porsi in sudditanza davanti alla forza di questi, e che nell'alto e tardo Medioevo l'onore e la libertà comune fossero del tutto scomparsi, poichè « ogni onore sta nel servizio ».[60]

Il concetto dell'antica ‹libertà comune› germanica, che Möser riprende da una lunga tradizione, risalente agli umanisti tedeschi e all'opposizione dei ceti nella Francia del XVII secolo,[61] riceve presso di lui un duplice carattere particolare, corrispondente alla situazione di transizione in cui egli si trovava. Per il periodo più antico, essa appare sostanzialmente come il complesso della libertà signorile nobiliare, ma viene contemporaneamente estesa a tutti i proprietari terrieri; per i periodi più recenti delle comunità di ‹eribanno› e statali, essa viene concepita, anche nel suo contenuto, in base al criterio dell'« appartenenza allo Stato » e significa la immediata sudditanza del cittadino ad un'autorità comune. Sulla base di questa concezione della ‹libertà comune› viene definita anche l'origine e la qualificazione dei ceti. La Nobiltà — intesa già nel senso nuovo proprio della situazione del XVIII secolo — viene dipinta fin dalla sua origine come ceto sociale, come strato particolare caratterizzato da diritti definiti, sorto sul corpo della società unitaria,[62] e se anche

58. Così, in segno di lode, lo *Staatslexikon* di Rotteck-Welcker nota più tardi, che Möser con questo programma ha ricondotto la storia « alla vera libertà popolare, come al suo nucleo e punto centrale » (voce *J. Möser*, in *Staatslexikon*: XI 77).

59. Ciò appare molto chiaramente in K. Bosl *Der ‹aristokratische Charakter› europäischer Staats- und Sozialentwicklung*, in « *HJb* » 74 (1955) 631-642.

60. Möser: Prefazione xi-xii.

61. Quanto alla radice e allo svolgimento del pensiero libertario germanico, cfr. E. Hölzle *Die Idee einer altgermanischen Freiheit* cit. Il suo significato come strumento concettuale di lotta dell'opposizione dei ceti in Francia e la sua funzione nella discussione sul feudalesimo collegata a quella lotta sono descritti da E. Weis *Geschichtsschreibung* cit., 26-29, 35-37, 47-48; e da O. Brunner *Feudalismus* cit., 596-597. È noto il detto di Montesquieu (*De l'esprit des Lois* Libro XI, Capitolo 6) secondo il quale la libertà propria della costituzione inglese avrebbe avuto la sua origine nelle foreste tedesche. Esso indica chiaramente la posizione opposta allo Stato assoluto accentratore.

62. Nella tabella dei ceti, in Möser: Introduzione, dopo il § 44, la Nobiltà appare tuttavia ancora solo come sottogruppo dei « liberi esercitali ». La distinzione di fondo è fra « Wehren » e « Leute »; all'interno dei « Wehren » viene poi distinto fra ‹esercitali› comuni e nobili.

per la ‹gente comune› fin dall'inizio è decisiva una dipendenza signorile, anch'essa tuttavia viene contemporaneamente descritta come un ceto sociale generale in corrispondenza al concetto di ‹libertà comune›, dal quale proviene.[63] Se più tardi la Nobiltà acquista una posizione signorile-politica, ciò rappresenta un'usurpazione e segna la decomposizione delle antiche « condizioni statali ».[64]

Fondamentalmente, l'intero ordinamento costituzionale antico, come Möser lo ricostruisce, è legato al modello di ordinamento basato sul rapporto Stato-Società. Infatti la base sulla quale si possono normalmente costruire gli ordinamenti statali comunitari e lo Stato dei proprietari terrieri nella sua struttura pacifico-comunitaria (con Giudici eletti come uniche autorità) è — da un punto di vista storico-realistico — esattamente quella Società pacifica ed ordinata secondo libertà ed eguaglianza, che ha come presupposto il sorgere dello Stato e della sua ‹suprema potestas›. Faida e guerra, amicizia e ostilità non vengono certamente negate all'improvviso, ma esse non rappresentano, per questo ordinamento, un fattore costitutivo. In realtà la Società, così com'è stata creata e strutturata dalla nascita dello Stato e dalla sua opera di pacificazione, si libera da questo legame e diventa il presupposto dell'ordinamento statale che principalmente da qui si viene sviluppando. Da ciò ha origine il quadro costituzionale, in ultima istanza non-politico e in qualche modo idillico, che Möser traccia.[65]

Contemporaneamente tuttavia, egli mantiene costantemente saldi — e in ciò agisce nell'altro senso la situazione di transizione sopra descritta — alcuni elementi dell'antico ordinamento, non ancora smembrato nel bipolarismo Stato-Società. La divisione fra pubblico e privato corrispondente alla separazione fra Stato e Società non viene da lui usata né per rappresentare l'antica situazione costituzionale, né per descrivere la condizione giuridica del suo tempo. In Francia, dove il nuovo ordinamento era già molto progredito, questa coppia di concetti già da parecchi decenni si era attestata e svolgeva la sua fun-

63. Cfr. Möser: Introduzione §§ 33-43, pagine 50-69, dove appare manifesto anche l'orientamento secondo le condizioni del tempo della Westfalia. Per il periodo carolingio si legge, in modo caratteristico: « La nazione sassone riconosceva manifestamente tre ceti: nobili, guerrieri, e gente comune » (Möser: Parte I, 216). Quando H. Zimmermann *Staat Recht und Wirtschaft* cit., 320, afferma che Möser tralascia, nella sua prima suddivisione dei ceti, la ‹gente comune› poiché le condizioni di quest'ultima non erano definite secondo un criterio ‹statuale›, egli sopravvaluta le affermazioni e i giudizi dell'Introduzione e rende il pensiero di Möser più ‹statuale› di quanto non sia.

64. Cfr. Möser: Prefazione xiii.

65. Si può vedere in ciò un parallelo della problematicizzazione dell'elemento politico da parte del privato, che l'Illuminismo porta a compimento. Su questo argomento è fondamentale R. Koselleck *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Pathogenese der bürgerlichen Welt* (Freiburg 1959).

zione politica nella polemica sul carattere dell'ordinamento feudale e sull'origine della monarchia francese;[66] anche Montesquieu l'ha continuamente impiegata nella sua descrizione degli antichi rapporti costituzionali.[67]

Con tutto ciò, in Möser, accanto ed in parte concorrentemente allo schema Stato-Società, viene ancora largamente mantenuto l'insieme dell'ordinamento unitario dell'antica costruzione sociale. La più volte citata ‹libertà comune›, nella misura in cui viene intesa con riferimento alla condizione di ‹cittadino›, non significa in alcun modo una sfera di libertà individuale, che si ponga contro lo Stato, non significa una « libertà privata di diritto naturale », come l'ha formulata più tardi un seguace del Möser.[68] Essa significa libertà di agire e di stare insieme, indica cioè la posizione (che implica insieme diritto e dovere) sussistente all'interno della comunità statale o territoriale. Chi deve collaborare nell'azione, deve anche collaborare nella decisione, così suona una delle sue istanze di fondo.[69] Essa è collegata all'eredità e alla libera proprietà terriera: quest'ultima non viene però intesa nel senso di ‹proprietà privata› o di ‹patrimonio›, come nel nostro concetto odierno, ma in essa è racchiuso un concetto pre-liberale e pre-industriale di proprietà, avente carattere istituzionale-pubblicistico. La condizione di libero proprietario ‹die freie Hofstatt› è fondamento dell'esistenza, garanzia istituzionale di indipendenza, autonomia e responsabilità, e dunque elemento integrante della stessa costituzione.[70]

Quando Möser descrive il legame di tutti i diritti politici e ‹pubblici› con il libero possesso terriero, come un elemento costitutivo dell'antica costituzione, tutto ciò vien pensato con riferimento all'ordinamento del tempo precedente alla separazione fra Stato e Società, all'antica ‹societas civilis›. Sarebbe errato scorgere in ciò una derivazione patrimoniale dei diritti pubblici o una analogia di fatto con il più tardo diritto elettorale basato sul censo o con la formula liberale « Bildung und Besitz ».[71] Anche il paragone dello Stato con una So-

66. Cfr. E. WEIS *Geschichtsschreibung* cit., 38-41; O. BRUNNER *Feudalismus* cit., 601-608.

67. Ad esempio *De l'esprit des Lois* Libro XXX, Capitoli 15 e 16, pagine 396 e 400.

68. K. T. WELCKER *Justus Möser*, in *Staatslexikon*: XI (1834) 94.

69. Questo processo logico è sempre presente in Möser.

70. Questo concetto pre-liberale della proprietà è rimasto vivo ancora fino in pieno XIX secolo. Si legge infatti nello *Staatslexikon*: I 468, alla voce *Allodium und Feudum*: « Il diritto di proprietà o patrimoniale costituisce in tal modo... nel rapporto giuridico il fondamento materiale, l'elemento portante giuridico-materiale della personalità giuridica e dei diritti personali di questa. Anche la personalità privata dei singoli, prima di tutto quella della famiglia, ha bisogno, allo stesso modo della persona giuridica dello Stato, di un solido fondamento materiale, di un territorio ». Sulla base di questa affermazione trova una chiara spiegazione anche la grande importanza attribuita al proprietario nei piani di riforma del Freiherr vom Stein e negli ordinamenti comunali e nelle leggi elettorali del ‹Vormärz›. Cfr. infra 80.

71. Una questione diversa è fino a che punto sia stata fondata una continuità formale attraverso la conversione dei contenuti concettuali con il mantenimento delle formule linguistiche, che si compie nel corso del XIX secolo.

cietà per azioni e della proprietà terriera con le singole azioni di tale Società dev'essere inteso in questo modo.[72]

Ciò però non vuole certamente dire che questa descrizione dell'antica costituzione sassone sia corretta: l'antico ordinamento per ceti del XII-XVIII secolo e l'antico ordinamento sassone o germanico non sono per nulla la stessa cosa: al contrario è necessario tenere ben presente la posizione di transizione fra due ordinamenti sociali, in base alla quale si è venuto formando il quadro costituzionale di Möser.

Nell'esempio dei ceti questa situazione di transizione diventa particolarmente chiara. La loro derivazione dalla società dei proprietari terrieri, priva di signoria e pensata in senso ‹statuale›, è pienamente di tipo social-cetuale e più o meno patrimoniale. Ma una volta così descritti come fattori dissolutori della ‹libertà comune›, i ceti vengono colti sempre più esattamente nella loro posizione signorile-politica ovvero di dipendenza. Neppure ai soggetti ⟨Leute⟩ (che più tardi daranno luogo ai ‹servi per la loro persona› ⟨Leibeigenen⟩) Möser estende lo schema pubblico-privato e libertà-non-libertà, bensì li comprende, in base alla loro posizione giuridica, nell'ambito delle concrete relazioni di signoria.[73] Così il rapporto di difesa e di omaggio presente in molteplici sfumature all'interno di questi ordinamenti signorili, gli si presenta come uno dei fondamentali principî costitutivi dell'ordinamento prerivoluzionario.[74] E Möser si è ripetutamente contraddetto, basandosi su questa visione della condanna globale della servitù ‹propter personam›, la quale ebbe inizio nel segno della libertà individuale.[75] Ciò, in un acceso sostenitore della ‹libertà germanica›, com'è Möser, può stupire.

72. In questo senso si veda l'accenno in F. SCHNABEL *Deutsche Geschichte* cit., I 190; inoltre E. HÖLZLE *Justus Möser über Staat und Freiheit*, in *Die Idee einer altgermanischen Freiheit* cit., 172. Legami con il pensiero giusrazionalistico sono individuati da F. MEINECKE *Die Entstehung* cit., 243 ss.

73. MÖSER: Introduzione §§ 33-43, pagine 50-69; e anche J. MÖSER *Gesellschaft und Staat* cit., 242-243.

74. Le espressioni delle fonti medievali a questo proposito sono: « Schutz und Schirm » in contrapposizione a « Rat und Hilfe »: cfr. O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 303-312.

75. Sopra tutto nella relazione dal titolo *Der arme Freie*, in J. MÖSER *Gesellschaft und Staat* cit., 240 ss, il cui intento palese consiste nel sostenere il significato degli antichi ordinamenti signorili-concreti, in contrasto con la libertà generale degli uomini; inoltre cfr. l'abbozzo *Das Recht der Menschheit: Leibeigentum*, in J. MÖSER *Gesellschaft und Staat* cit., 260-261 e il saggio scritto contro Kant: *Ueber Theorie und Praxis*, in J. MÖSER *Gesellschaft und Staat* cit., 256 ss.

IV.

Proprio tale coesistenza e compenetrazione dello schema Stato-Società e della realtà dell'antico ordinamento per ceti, è particolarmente caratteristica per Möser. L'Impero di Carlo Magno, nell'ordinamento del quale fu inquadrata la Sassonia, viene da lui considerato in termini assolutamente ‹statuali› e tuttavia, contemporaneamente, in modo che il sistema dello Stato per ceti dell'antico Impero appaia come risultato di uno sviluppo continuo. La riforma dello Stato, che Carlo Magno introdusse in Sassonia, si pone per Möser come il fondamento di un ordinamento statale basato su signoria, ufficio e servizio: per suo tramite si costituisce in seguito la ‹libertà comune›, si forma la Nobiltà ed infine si attesta la signoria territoriale dei Conti e dei Vescovi.[76]

I « comuni perdettero con questo nuovo ordinamento quasi tutto ».[77] Dal punto di vista delle fonti, questo ordinamento viene evinto dai Capitolari franchi, che sono intesi come leggi valide in generale.[78] In particolare esso viene concepito in base allo spirito dell'Assolutismo illuminato, secondo lo schema di una organizzazione amministrativa razionale, partendo dalla acquisita strutturazione dell'Impero, come Stato per ceti. Contee e Vescovati appaiono come uffici laici ed ecclesiastici, nei quali è suddiviso « l'intero paese »: al di sopra stanno le Contee missatiche (distretti missatici), come province dei luogotenenti imperiali; esse sono distretti superiori — « dipartimenti generali » — preposti alla supervisione e al controllo.[79]

Importante in questa costruzione statale è che Vescovi e Conti sono situati sullo stesso piano nell'ordinamento, cosicchè i possedimenti della Chiesa hanno il carattere di ‹allodio› imperiale, e non sono soggetti all'autorità del Conte o del Duca, ma solo al diritto di supervisione dei ‹missi›.[80] Il processo è chiaro: i territori della Chiesa devono essere dichiarati, nel senso della continuità costituzionale dello Stato, di origine statuale, con riferimento ad un ufficio, in modo parallelo ai territori laici, ed entrambi devono cessare di collegarsi all'autonomia di diritti d'ufficio originariamente delegati per inserirsi in un apparato statale unitario. Il potere di entrambi riposa sul ‹banno› imperiale, per i Vescovi esso viene esercitato dagli ‹avvocati›.[81]

76. MÖSER: Parte I 208.
77. MÖSER: Parte I, Sezione IV, 192-193 ss.
78. Cfr. le note ai §§ 41-46, pagine 179-191. Möser lascia trapelare qui, in un ampio discorso indiretto, tutte le « perplessità » degli antichi Sassoni contro il nuovo ordinamento. L'intero edificio di pensiero dell'antica libertà germanica ha trovato qui la sua sintesi. Cfr. anche le note ai §§ 1-14 della Sezione IV 192-217.
79. MÖSER: Parte I, Sezione IV 193-194.
80. MÖSER: Parte I, Sezione IV 195-196.
81. MÖSER: Parte I, Sezione IV 198-199.

Dal punto di vista istituzionale, il punto centrale di questo edificio costituzionale carolingio è per Möser l'istituzione dei ‹dipartimenti generali› dei Messi imperiali; intesi come organi di controllo, essi dovrebbero garantire l'equilibrio fra Vescovi e Conti, i limiti degli uffici e la difesa degli ‹esercitali› comuni. Möser si riferisce alle Assemblee missatiche, menzionate nei Capitolari, con diritto di esame e di gravame, che egli considera istituzioni generali, esistenti in tutto l'Impero.[82]

Con la caduta di questi ‹distretti missatici›, deve dunque dissolversi gradualmente anche l'intero edificio statale carolingio. Gli esercitali comuni, cioè i proprietari terrieri obbligati in base all'eribanno, perdono la loro difesa, Conti e Vescovi diventano autonomi, dispongono a proprio piacere dei beni imperiali, e degradano i liberi ‹esercitali› al rango di ‹uomini soggetti› ⟨Leute⟩. Ottone il Grande dà in premio i ‹beni comuni› a coloro che gli conducono gente soggetta a servizio equipaggiata per le sue guerre esterne.[83] Si determina nel sistema feudale una struttura gerarchica di rapporti di servizio, i quali « tutti sono concepiti soltanto allo scopo di controllare gente di servizio ⟨Dienstleute⟩ per mezzo di altra gente di servizio ».[84] Da ciò discende in conclusione il sistema delle signorie territoriali, poichè anche la « nuova speranza » di una ‹libertà comune› nelle città e nei castelli non si realizza:[85] le ‹avvocazie› imperiali (distretti d'ufficio), ecclesiastiche e laiche, diventano ‹signorie nobiliari›, i cui titolari acquisiscono anche i tribunali superiori.[86] La sovranità territoriale così nascente rappresenta in conclusione il « fortunato o sfortunato compimento » del processo di sviluppo, poichè essa — come potere statale — ristabilisce e garantisce nel Territorio una pace comune, al di sopra della dissoluzione dell'antico ordinamento in una quantità di leghe e di limitate unioni di pace, si prende cura degli antichi cittadini dell'Impero come di propri « sudditi territoriali », e considera la loro felicità come la sua propria.[87] « È una grande, anche se spesso disconosciuta, fortuna, che il signore territoriale eserciti sopra l'intero Territorio un potere uniforme ».[88]

Möser traccia un quadro della storia costituzionale tedesca che si ripresenta sempre, con molteplici sfumature, nel corso del XIX secolo: le numerose costruzioni signorili concrete, che caratterizzano il mondo dell'alto e tardo Me-

82. Möser: 210-211.
83. Möser: Prefazione xi-xii.
84. Möser: Prefazione xiii.
85. Möser: Prefazione xii-xiii. La ragione sta, per Möser, nel fatto che l'Imperatore era troppo debole e incerto e, invece di creare dalle città e dai castelli una « Camera dei comuni » ha favorito i « poteri intermedi ». Solo nella Svizzera sono stati ristabiliti « l'onore e la proprietà comune ».
86. Möser: Prefazione xvi.
87. Möser: Prefazione x e xviii e il Capitolo conclusivo dell'opera, Parte III 186-189.
88. Möser: Parte III 187.

dioevo, sorgono dalla posizione autonoma dei distretti d'ufficio monarchico-statali e dalla appropriazione di diritti regi; essi sono il risultato della dissoluzione dell'ordinamento unitario (basato su un sistema amministrativo compiuto) della Monarchia franca e sopra tutto carolingia, che per parte sua influisce anche sullo sviluppo del ceto dei ‹liberi›, fondato sulla cittadinanza. Lo Stato territoriale acquista un valore, in quanto riacquista una condizione statale, seppure restando particolaristicamente separato dall'Impero.

Tutto ciò è pensato completamente in termini ‹statuali›. Il fallimento dello Stato nell'ordinamento medievale vien fatto discendere dalla sua precedente dissoluzione, ed in tal modo esso viene contemporaneamente riconosciuto come la vera e sola forma legittima di ordinamento. Ai concreti ordinamenti signorili si applica così, fin dal principio, la macchia del particolare, del non-generale, dell'origine da rapporti speciali, probabilmente arbitrari. A questo punto non è più molto lunga la strada della loro deviazione nell'ambito della ‹signoria privata› e della non-libertà, per la rappresentazione delle quali fornirono materiale le restanti forme, abbondantemente degenerate, degli antichi ordinamenti, sopravvissute nel XVIII secolo:[89] in Francia essa era, ai tempi di Möser, conclusa già da molto tempo,[90] in Germania lo sarebbe stata di lì a breve.[91]

Con tutto ciò tuttavia non viene per nulla messa in dubbio o in qualche modo negata la prestazione di Möser come storico e come fondatore della ricerca storico-costituzionale. Möser ha pensato come pochi in termini storici, ha vissuto nella storia e con la storia ed ha fondato sulle fonti il quadro che di essa ha ricostruito.[92] La nostra indagine si riferisce soltanto alle problematiche e alle questioni di fondo, e agli specifici punti di vista, legati allo spirito dei tempi e sorti dalla concreta situazione storica, che hanno formato il quadro costituzionale di Möser; la loro presenza non pone in questione la produzione scientifica di quest'ultimo, ma aiuta solo a collocarla nella posizione storica che le è propria. D'altra parte senza una tale posizione non è realmente possibile alcuna ricostruzione della storia in quanto storia: questa infatti vive del rapporto con il presente, e da quest'ultimo solo le provengono le sue problematiche.[93]

89. O. Brunner *Feudalismus* cit., 601 ss.

90. Cfr. le osservazioni sul sistema feudale ed il feudalesimo nell'Enciclopedia, contenute in E. Weis *Geschichtsschreibung* cit., 38-39, 40-41; inoltre O. Brunner *Feudalismus* cit., 603-607.

91. In Hegel, Lorenz von Stein e Marx l'ordinamento feudale viene già caratterizzato come ordinamento di non-libertà e di signoria fondiaria e come tale viene inserito nel quadro storico; cfr. O. Brunner *Feudalismus* cit., 609-612.

92. Cfr. H. Zimmermann *Staat, Recht und Wirtschaft* cit., 10-11; inoltre l'osservazione dello stesso Möser: Prefazione vi.

93. O. Brunner *Feudalismus* cit., 626-627.

CAPITOLO SECONDO

La ricerca storico-costituzionale nel contesto del quadro costituzionale dello ‹Stato per ceti›: in particolare Karl Friedrich Eichhorn.

I.

Il legame con le problematiche e con il quadro costituzionale del proprio tempo, che, come si è visto, caratterizza l'inizio della ricerca storico-costituzionale in Germania, si ritrova anche nella generazione di storici successiva, che non appartiene ancora alla ricerca della ‹Scuola storica›,[1] benchè abbia considerevolmente sopravanzato Möser, dal punto di vista del metodo e dei risultati.

La situazione nella quale questa generazione si trovava all'inizio del XIX secolo si era modificata, in confronto a quella di Möser, sia dal punto di vista spirituale, che in rapporto alla realtà politico-sociale. La posizione di transizione fra il tradizionale antico ordinamento per ceti e il nuovo, basato sulla diade Stato-Società — che al tempo di Möser era stato pienamente raggiunto soltanto in Francia, mentre nell'Impero, sopra tutto al di fuori della Prussia e dell'Austria giuseppina, si andava solo allora costruendo — divenne ora una caratteristica della realtà politico-sociale. La peculiarità dello sviluppo costituzionale in Germania fra il XVIII e il XIX secolo è indicata dal fatto che da una parte si portava risolutamente a compimento lo Stato moderno — che rivendicava il monopolio di ogni potere sovrano, e al quale si contrapponeva l'unitaria Società dei cittadini,[2] — mentre dall'altra molte forme ed istituzioni dell'antico ordinamento per ceti, rese ardite da questo nuovo contesto e in esso sempre più inserite, mantenevano ancora con insistenza la loro forza vitale.[3]

1. Cfr. su ciò quanto sarà detto in seguito, nel Capitolo 3, Sezione, I.
2. Su questa connessione interna, cfr. ‹retro› Capitolo 1 III 2, 68-69.
3. Questa è una delle tesi fondamentali del saggio di W. CONZE *Staat und Gesellschaft* cit. La giurisdizione e la polizia signorile sussistettero nelle province orientali della Prussia fino al 1872; nelle Costituzioni degli Stati tedeschi del Centro e del Nord dopo il 1815 sono presenti

La tarda forma dello Stato per ceti giunse qui ad una vera e propria forma di ordinamento: suo fondamento era la ‹nazione›, come unità dei cittadini dello Stato, e, contrapposto ad essa, l'unitario potere statale; i ceti, sopravvissuti nella loro posizione signorile-politica, non furono messi da parte, secondo il rigoroso principio di ‹égalité› del 1789, ma furono trasformati in ceti sociali, sul tronco della Nazione-Società e furono caratterizzati da speciali diritti e doveri, che si estrinsecavano da una parte in privilegi, dall'altra in un particolare vincolo di dipendenza.

Tale forma peculiare di ordinamento si palesò, in modo particolarmente chiaro, nell'‹*Allgemeines Landrecht*› prussiano.[4] Esso derivava dalla ‹Società civile›, intendendo però quest'ultima come strutturata in modo saldamente cetuale e corporativo.[5] « Persone alle quali, in forza della loro nascita, destinazione od occupazione principale, toccano uguali diritti nella Società civile — esso recita — formano insieme un ceto dello Stato ».[6] La destinazione particolare della Nobiltà è il servizio allo Stato, tra i diritti ad essa spettanti si annovera la preesistente polizia e giurisdizione dei proprietari terrieri.[7]

Il moderno pensiero statale e il principio della Società dei sudditi, così come la centralizzazione amministrativa, si erano imposti dopo il 1806, più saldamente che in Prussia, nella Germania della Lega Renana, sopra tutto in Ba-

ancora molti elementi alto-cetuali; cfr. per tutti i documenti costituzionali raccolti da H. Pölitz *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis in die neueste Zeit* I (Leipzig 1831²).

4. Tocqueville ha individuato e trattato, con lo sguardo acuto che gli è solito, questo argomento nel suo famoso ‹excursus› sull'‹*ALR*›, in *L'Ancien Régime et La Révolution* Libro II, Capitolo I. Dal punto di vista dello Stato moderno e della Rivoluzione egli potè d'altra parte scorgere in esso solo un compromesso non ben riuscito: « nella teoria, acutezza e amore del nuovo; nella pratica invece dovunque timore »; sotto il capo moderno si scorge un tronco medievale De Tocqueville *Ibid.* 270-271.

Contro questa opinione sta il giudizio sostanzialmente positivo dell'‹*ALR*› dato da W. Dilthey *Die preussische Geschichte* (Stuttgart-Göttingen 1960²) ‹Gesammelte Schriften, 12› 131 ss, che lo vede come un'espressione della « razionalità immanente » nello Stato prussiano, come il « diritto naturale prussiano », nel quale contemporaneamente è data la regola dello sviluppo successivo (Dilthey *Ibid.* 154). Lo sviluppo costituzionale prussiano si è compiuto, fin verso la metà del XIX secolo, in questa posizione intermedia fra emancipazione e tradizione, e nel senso di un processo continuo verso nuovi ordinamenti: cfr. W. Conze *Staat und Gesellschaft* cit., ed ‹infra›, al Capitolo 3, Sezione I, Sottosezione III, § 2, 133.

5. Cfr. ‹*ALR*› § 2 I 1: « La società dei cittadini consiste di numerose, piccole comunità o ceti legati dalla natura o dalla legge o da entrambe insieme ». Per l'insieme W. Conze *Staat und Gesellschaft* cit., 6-8.

6. ‹*ALR*› § 6 I 1; importante è la differenza nei confronti del ‹Landrecht› di Baviera del 1756, che nella Parte I, Capitolo III, § 3 stabilisce i diritti e i doveri del singolo ancora sulla base dei concreti legami di ‹status›. Su ciò, ed in generale, H. Conrad *Individuum und Gemeinschaft* cit., 14-20.

7. Cfr. ‹*ALR*› §§ 1, 3, 37, II 9; § 91 II 7. Per l'insieme, recentemente, H. Conrad *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des Allgemeines Landrechts für die preussischen Staaten von 1794* (Köln-Opladen 1958) 19-35.

viera.[8] Tuttavia continuarono ad esistere anche qui diritti signorili ‹patrimoniali› di diversa specie, la posizione privilegiata della Nobiltà proprietaria di terra e la maggior parte dei diritti di ceto del Clero.[9]

L'ordinamento qui sorto, senza distruggere la continuità della storia attraverso le fratture di un'azione rivoluzionaria, trovò in sè stesso di che venire spiegato e costruito in termini di sviluppo storico.

Nel segno dell'avanzante Società statale dei cittadini — che si sostituì agli antichi ordinamenti per ceto e sempre più si trasformò nel vero e proprio fondamento dell'ordinamento politico — fu naturale comprendere l'intero ordinamento dello Stato per ceti come prodotto e formazione storica di un ordinamento egualitario basato sulla cittadinanza e da ciò spiegare il suo futuro sviluppo storico. Ciò ricevette ampia legittimazione dalle teorie giusrazionalistiche dello Stato e della Società e dal pensiero dell'antica libertà germanica, vivo nella coscienza del tempo. In tal modo si potè instaurare una sintonia, dal punto di vista storico come da quello politico, fra la nuova struttura Stato-Società e gli elementi sopravvissuti dell'antico ordinamento per ceti, senza che la cornice del sistema dello Stato per ceti fosse sconvolta e che il suo inevitabile carattere transitorio dovesse balzare in evidenza lungo il cammino verso l'emancipazione della Società moderna.[10]

A questo punto non stupisce affatto che, nella letteratura storico-costituzionale, la storia dei ceti, delle loro origini e del loro sviluppo, acquisti una particolare importanza, e che, talora, l'intera storia costituzionale appaia come storia di una Società per ceti, fondata sulla cittadinanza, ricavando da ciò la sua intima coerenza e continuità.

Nella sua *Geschichte der deutschen staatsbürgerlichen Freiheit*, apparsa nell'anno

8. Cfr. le descrizioni in M. DOEBERL *Entwicklungsgeschichte Bayerns* (München 1912) Parte II 382-401; per gli Stati della Lega Renana cfr. F. HARTUNG *Verfassungsgeschichte* cit., 198-204, e E. R. HUBER *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., I 86 ss.

9. Cfr. su ciò, per la Baviera, gli Editti emanati insieme alla Costituzione del 1808, in particolare quello del 28 luglio 1808 avente per oggetto le condizioni future della nobiltà, quello del 28 luglio 1808 avente per oggetto i diritti signorili (specialmente il Titolo III), quello dell'8 settembre 1808 avente per oggetto la giurisdizione patrimoniale: tutti raccolti in H. PÖLITZ *Die europäischen Verfassungen* cit., 109-129. Sui diritti cetuali del Clero, cfr. fra gli altri la ‹*Costituzione di Baviera*› del 1818, Titolo VI, §§ 7 e 8, dove il Clero appare come ‹classe› particolare che ha rappresentanti alla Seconda Camera.

10. Una situazione parallela esisteva per la dottrina del diritto statale, che da una parte si trovava davanti la congerie dei diritti speciali del Signore territoriale, dall'altra voleva fondare i diritti del potere statale sistematicamente ed in via di principio, nel senso della teoria dello Stato giusrazionalistica. La composizione del contrasto fu raggiunta nel senso che il ‹potere statale› separato dalla persona del Signore territoriale divenne fonte di tutti i diritti sovrani, i quali apparvero come emanazione di quel potere, in vista di fini ben definiti dello Stato. Cfr. anche E. W. BÖCKENFÖRDE *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus* (Berlin 1958) 53-64.

1811, Eugen Montag, l'ultimo Abate del Monastero imperiale di Ebrach, in Franconia,[11] proclama suo scopo di mostrare « la condizione giuridica originaria, come essa sorse con l'erezione dei Tedeschi a Nazione vera e propria, e come si sviluppò, modificò e cambiò nelle tre classi di cittadini, particolarmente i ‹liberi comuni›, la Nobiltà e il Clero, i quali soli godettero di diritti civili in differenti gradazioni, dai Re franchi fino alla più recente costituzione imperiale ».[12] Per Montag l'ordinamento dello Stato per ceti, come si era consolidato alla fine del XVIII secolo, si è allargato fino a diventare modello generale di ordinamento; tutte le costruzioni signorile-politiche vengono ricondotte ad esso.

La prima Sezione dell'opera reca il caratteristico titolo: « Del libero cittadino comune dello Stato franco e della sua libertà[13] »; la seconda Sezione tratta della più elevata classe di cittadini, ovverossia del ceto nobiliare. Sono i « privilegi personali, il bene allodiale nobiliare », la « libera giurisdizione processuale propria » dei nobili ed altro ancora, che appaiono come elementi della speciale libertà nobiliare.[14] « Essi rimangono cittadini dello Stato, ma cittadini di prima classe ».[15] E nello stesso modo l'origine e il consolidamento della « libera Chiesa, come terza classe dei liberi » viene fondata su privilegi, immunità, regalie e così via.[16] I ceti vengono sempre più visti secondo il quadro proprio del tardo XVIII secolo: strati sociali ovvero classi all'interno della Società statale dei cittadini, che si costituiscono in base al possesso di certi beni o diritti speciali e delle libertà o dei vincoli ad essi connessi.[17]

In ugual misura, ‹casa› e ‹signoria di casa› vengono fondate sul modello di un ordinamento di Stato e Società che è sempre presupposto. Esse vengono certamente considerate ancora come tali, ma hanno il loro fondamento in libertà garantite statualmente, nell'immunità come privilegio concesso dallo

11. E. MONTAG *Geschichte der deutschen staatsbürgerlichen Freiheit oder der Rechte der gemeinen Freien, des Adels und der Kirche Deutschlands* 2 v (Bamberg-Würzburg 1812-1814) Prefazione al I volume.

12. MONTAG *Ibid.* I Prefazione V-VI.

13. MONTAG *Ibid.* I XI-XII. Sono caratteristici anche i successivi sottotitoli: « Dei servizi statali dei Liberi », « Della libertà dal tributo e dall'imposta », « Della partecipazione dell'uomo libero alla legiferazione nazionale ».

14. MONTAG *Ibid.* I XIII-XIV e 120-124.

15. MONTAG *Ibid.* I 120.

16. Cfr. MONTAG *Ibid.* I XIV-XVI.

17. È tipico il titolo del § 22: « Con la perdita dei liberi beni nobiliari, mutò e si perdette anche il ceto della nobiltà ». Questa concezione dei ceti fu sostenuta anche dai ceti stessi, poichè il significato giusprivatistico dei loro diritti e la derivazione di questi ultimi da titoli di diritto privatistici poteva premunirli ulteriormente di fronte all'invadenza del Signore territoriale o dello Stato; infatti anche il sorgente potere dello Stato non aveva a disposizione nient'altro che « diritti legittimamente acquisiti ». Su ciò cfr. O. GIERKE *Das deutsche Genossenschaftsrecht.* I: *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft* (Berlin 1868) § 56 I 701 ss, § 60 I 802 ss.

Stato, non come ambito autogeno di signoria e di potere.[18] Ogni potere signorile, che non sia delegato dal titolare del potere statale o che sia esercitato in posizione di dipendenza sulla base di un ufficio, ha per Montag carattere di diritto privato e deve essere fondato su titoli giuridici speciali, siano essi proprietà, contratto o privilegio. La giurisdizione processuale autonoma e l'immunità della Nobiltà risale ad una decisione dell'Assemblea del popolo, presa da tempo immemorabile — come ricompensa per meriti speciali[19] —, quella delle chiese e dei monasteri risale a concessioni dei Re merovingi e franchi;[20] entrambe si sposarono in seguito alla proprietà, da una parte dei beni nobiliari, dall'altra dei beni immuni delle chiese.[21] Esse non fondano alcuna posizione signorile ‹politica›, non sono in alcun modo elementi fondamentali della costituzione, ma privilegi personali concessi sulla base della presupposta appartenenza allo Stato.

In contrapposizione a questa ricostruzione già fortemente orientata nel senso dell'ordinamento fondato sulla cittadinanza che si andava affermando, un'altra opera dello stesso anno, la *Geschichte des Ursprungs der Stände in Deutschland* di Karl Dietrich Hüllmann, apparsa dapprima nel 1806, poi, in una edizione rinnovata, nel 1830, ha rafforzato in misura ancora maggiore gli elementi dell'antico ordinamento per ceti.[22] La storia dei ceti per Hüllmann non è una storia delle diverse ‹classi di sudditi›, ma segue l'origine e lo sviluppo della posizione giuridica degli antichi ceti, definiti sul piano signorile-politico. In questo senso, quando parla della ‹Società civile›,[23] Hüllmann intende ancora l'antica ‹societas civilis›; egli distingue anche l'antica ‹libertà territoriale› dalla nuova libertà legata alla cittadinanza.[24] Ma l'intima connessione dello sviluppo storico-costituzionale che egli indaga, non può essere da lui compresa e spiegata in altro modo che in base al quadro di una realtà ordinata, nel suo punto d'avvio, in senso non-signorile, ma che poi si costruisce attraverso mutamenti sociali, cioè economico-sociali, e finisce per dissolversi nella sua antica forma

18. E. MONTAG *Geschichte der deutschen* cit., I 12-17; sul più antico concetto di immunità, nel senso di « Freiung » del proprio ambito di signoria e di potere, cfr. O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 383-389.

19. E. MONTAG *Geschichte der deutschen* cit., I 145-147.

20. MONTAG *Ibid.* I 213-243.

21. MONTAG *Ibid.* I 125-127.

22. Hüllmann fu dal 1805 professore a Frankfurt an der Oder e Königsberg, dal 1818 a Bonn; egli acquistò colà grande prestigio come studioso accademico e fu per molti anni, grazie alla sua posizione conservatrice, Rettore plenipotenziario all'Università. Cfr. WEGELE *K. D. Hüllmann*, in *Allgemeine Deutsche Biographie* XIII 332. Delle sue opere vanno ancora ricordate la *Urgeschichte des Staats* (Königsberg 1820) e l'opera in 4v sulle città nel Medioevo (1825-1829).

23. K. D. HÜLLMANN *Geschichte des Ursprungs der Stände in Deutschland* (Berlin 1830²) 14.

24. HÜLLMANN *Ibid.* I (Leipzig 1806¹) 68. Egli scorge l'essenza di questa libertà territoriale nel fatto di « abitare su terreno ereditario e possedere terra propria ».

libertaria. Così egli si occupa, nella prima parte del suo lavoro, della « costituzione fondiaria dello Stato » come del punto di partenza per lo sviluppo dei ceti.

La seconda parte: « Formazione dei ceti » inizia con — e dopo — Carlo Magno; a questo punto la situazione originaria, (fondata sulla cittadinanza), che nel Regno franco sussisteva nella forma di un ordinamento signorile burocratico, si dissolve attraverso la formazione dei singoli ceti.[25]

Come in Möser, per l'ordinamento più antico l'elemento della ‹signoria di casa›, individuato con chiarezza,[26] viene posto in relazione con quello comunitario-statale dell'associazione dei proprietari terrieri. I coesistenti ‹Stati familiari› dei signori terrieri, che in quanto liberi proprietari godono del diritto di « piena cittadinanza », costituiscono il punto di partenza. Ulteriori, più ampie costruzioni sociali sorgono, nella sostanza senza potere, come una fase intermedia di comunità definite nei fini: « la circonferenza dei cerchi intersecantisi aumentava sempre più ».[27] Con esse ha anche inizio la serie degli ‹ufficiali pubblici› eletti. L'instaurazione della posizione signorile-politica dei ceti si conclude poi nella rovina dell'ordinamento statale comunitario presupposto e appare, secondo il modello tipico della tarda società feudale, come processo patrimoniale: sulla base dell'aumento di possesso terriero privato e della posizione sociale di forza in tal modo creatasi, oppure per mezzo della privatizzazione di diritti d'ufficio, originariamente autoritari, a favore di chi occupa una posizione sociale di potere, ha origine la signoria personale, la quale, ottenendo riconoscimento e acquistando le ulteriori competenze dell'antico potere pubblico che si va dissolvendo, conduce alle concrete relazioni di forza del mondo feudale.[28]

I ceti sono anche qui, fin dall'origine, strati sociali, sorti da differenze di possesso sulla base di una presupposta comunità di proprietari terrieri; sui « frammenti della proprietà e della libertà » s'innalza la loro posizione di potere politico, per mezzo della quale il « non-diritto privato » si trasforma definitivamente in « diritto pubblico ».[29]

25. Cfr. K. D. HÜLLMANN *Geschichte des Ursprungs* cit. (1830²) VII-XI.

26. HÜLLMANN *Ibid.* 7-9. Il ‹Salhof› e il ‹Salgut› delle fonti, la ‹terra salica›, indicano per lui l'abitazione e la casa signorile a differenza degli edifici ad uso economico e delle case dei dipendenti. Di fatto bisogna qui supporre una lunga continuità fino ai ‹Sedlhöfen› e ai ‹Sedlsitzen› come fondamento di legittimazione della nobiltà di ceto.

27. Su tutto ciò HÜLLMANN *Ibid.* 14-17, 23-24; la citazione si trova a pagina 15.

28. Cfr. ad esempio HÜLLMANN *Ibid.* 42-45 (derivazione dell'autorità giurisdizionale del Re dalla sua proprietà superiore), 179-184 (crescente posizione di forza ed influsso politico dei servitori regi), 215-217 (fondazione della condizione signorile dei titolari d'ufficio e dei grandi proprietari terrieri sul declino del ceto dei ‹liberi› comuni), 136 ss (origine delle immunità di monastero e dei diritti di ‹avvocazia›), 276 ss (liberazione delle chiese e dei monasteri dalla ‹avvocazia›, costruzione di una signoria autonoma sul proprio possesso), 350 ss (raggiungimento dell'autonomia ed accumulazione dei distretti e dei diritti d'ufficio).

29. K. D. HÜLLMANN *Geschichte des Ursprungs* cit., I (1806¹) 215, 217-218.

La realtà del tardo Stato per ceti, la separazione fra statale-sociale e pubblico-privato, è già anticipata nel processo di sviluppo inteso nel modo descritto. Hüllmann riesce a scorgere, anche nella ricostruzione dell'ordinamento statale dopo il 1815, i punti riguardanti i ceti — cioè l'estirpazione della loro ‹medievalità›, l'accantonamento dei diritti signorili feudali sopravvissuti e il loro (re)-inserimento nella Società statale [30] —, ma che proprio ciò dovesse trasformare gli antichi ceti nella loro essenza, mutandoli in classi sociali, non poteva essere da lui compreso, visto il quadro costituzionale dal quale aveva preso le mosse[31].

II.

Dal momento che i lavori di Montag e di Hüllmann mostrano segni tipici di dipendenza dal quadro costituzionale proprio dello Stato per Ceti, sorge spontaneamente la domanda: in che misura anche Karl Friedrich Eichhorn fosse condizionato da esso. La *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* di Eichhorn sopravanza di gran lunga i lavori sopra citati; essa ha condotto la ricerca di storia del diritto e costituzionale ad un'altezza scientifica incontrastata ed ha condizionato il suo successivo sviluppo, per interi decenni, in maniera determinante;[32] oltre a ciò, Eichhorn sicuramente si pone sul piano del pensiero storico. In tal modo la questione della sua dipendenza da questioni di fondo e da problematiche del suo tempo ha, proprio per lui, un interesse particolare.

Benchè Eichhorn, in quanto contribuì a fondare la ‹Scuola storica del diritto›, venga spesso avvicinato alla generazione dei Germanisti, egli appartiene ancora, per la sua origine spirituale e storica, come Montag e Hüllmann, al mondo del tardo Stato per ceti e dell'antico Impero. Nato nel 1781 dall'orientalista e teologo Johann Gottfried Eichhorn, egli crebbe nel mondo culturale di Göttingen del tardo XVIII secolo e compì i suoi studi dal 1797 al 1801 presso la locale facoltà di giurisprudenza, a quel tempo molto rinomata:[33] erano proprio gli ultimi giorni dell'antico Impero, mentre i Territori tedeschi, rimasti per alcuni anni nell'ombra della storia mondiale, vivevano ancora della continuità della loro storia. Eichhorn fu introdotto da Pütter e Schlözer allo studio

30. Hüllmann *Ibid.* I Prefazione IV-V.

31. Così per lui anche l'antica ‹società civile›, quanto a struttura, era una società statale, ciò che appare chiaramente anche dal fatto che egli indica l'antica libertà territoriale come « libertà di diritto statale »: Hüllmann *Ibid.* I 68. L'intero problema è considerato da O. Brunner *Feudalismus* cit., 613.

32. Savigny si esprime in tal modo, in una lettera ad Eichhorn del 1851: « Lei ha per primo, senza alcun precursore, aperto la strada nel diritto tedesco, ed ha dato a questa scienza con la parola e gli scritti una vita del tutto nuova... » (J. F. von Schulte *Karl Friedrich Eichhorn. Sein Leben und Wirken*, Stuttgart 1884, 87).

33. Schulte *Ibid.* 12; R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III 2 (München-Leipzig 1910) 253.

del diritto statale, della storia imperiale e della politica, mentre il giovane Hugo lo pose a contatto con i prodromi della scienza storica del diritto.[34] La sua formazione successiva lo condusse ai posti più importanti della vita costituzionale e giuridica nell'antico Impero: il ‹Reichskammergericht› di Wetzlar, il ‹Reichstag› di Regensburg e il ‹Reichshofrat› di Wien. Ancora da Göttingen ebbe invece inizio la sua carriera accademica.[35]

In sostanza dunque furono due le forze che contribuirono a formare il complesso delle sue concezioni: da una parte le condizioni dell'antico Impero e degli Stati territoriali, la tradizione della storia imperiale e del diritto statale dei ceti, dall'altra parte il mondo del razionalismo di Göttingen, nel quale egli era cresciuto ed aveva trascorso gli anni universitari.[36] Eichhorn non appartiene ancora agli studiosi liberal-costituzionalisti della generazione dei Germanisti, che ha trovato i suoi grandi rappresentanti in Jacob Grimm, Georg Beseler e Georg Waitz: è stato, con la sua opera, il loro suggeritore, ma le sue radici affondano ancora nel mondo pre-costituzionale e pre-liberale del tardo XVIII secolo.[37]

Nondimeno Eichhorn è legato in modo particolarmente intenso al pensiero storico: egli vuole comprendere la situazione a lui contemporanea nel suo divenire storico e riconoscerla nella sua propria storicità.[38] Il presente è una sezione della storia, dunque lo si può comprendere solo da un punto di vista storico.[39] Non è la contemplazione del divenire e dello scorrere eterno, ma l'interesse per il presente, nel quale si compiono grandi mutamenti, a condurre Eichhorn all'osservazione storica:[40] la storia non è qualcosa di passato e di conchiuso, ma lo stesso presente immanente. Senza l'esatta conoscenza di ciò che è stato, e di come sia stato ciò che è stato, così si legge nella Prefazione alla

34. Cfr. J. F. von Schulte *Karl Friedrich Eichhorn* cit., 12-13. L'influsso di Hugo su Eichhorn fu particolarmente importante per la sua successiva trattazione storica del diritto tedesco. Cfr. le affermazioni contenute nella sua autobiografia, riprese da Schulte *Ibid.* 12, e da R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 2, 273. Sull'importanza di Hugo per la ‹Scuola storica del diritto› si veda, in generale, F. Wieacker *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen 1952) 231-232.

35. J. F. von Schulte *Karl Friedrich Eichhorn* cit., 17-18. A Wetzlar egli si occupò di von Gruber, a Vienna di von Pufendorf.

36. Da ultimo cfr. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 2, 274 e W. Dilthey *Das 18. Jahrhundert* cit., 261-269.

37. Cfr. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 2, 273-275; F. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* cit., 231.

38. Cfr. Eichhorn: I Prefazione alla prima edizione.

39. Su ciò K. von Richthofen *Eichhorn*, in *Deutsches Staatswörterbuch.* Herausgegeben von Bluntschli und Brater, III (Stuttgart-Leipzig 1858) 246, 259-260.

40. Sul legame con il suo tempo del pensiero storico e della ricerca storica di Eichhorn, come contrapposizione ad ogni tipo di considerazione antiquaria, cfr. K. von Richthofen *Eichhorn* cit., 246 e H. Brunner *Deutsche Rechtsgeschichte* cit., I 19.

Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, sarà « sempre impossibile » comprendere esattamente lo spirito dei nuovi ordinamenti e la loro connessione con ciò che rimane del passato.[41]

Il pensiero storico di Eichhorn non esce dunque dalla storia, nè rende questa ultima misura e modello della realtà politica, ma rimane alla storia stessa strettamente legato: in ciò Eichhorn si differenzia dalla generazione successiva dei Germanisti.[42] La storicità è per lui il ‹modus› dell'accadere e dell'osservare, non l'estrazione di un astratto ideale da una determinata situazione storica. Si compie in tal modo una relazione con la storia che non ha bisogno di un annodamento alla storia stessa, bensì risiede integralmente in essa. Ogni Stato è « una precisa determinata realtà sociale », del tutto impensabile senza un « diritto storico direttamente fissato » attraverso questa individualità.[43] Il diritto ha necessariamente carattere « organico », esso deve mutare insieme alla realtà sociale sempre in movimento, e plasmarsi secondo le sue mutevoli necessità: ma pur sempre e solo sulla base di ciò che esiste, restando « direttamente vincolato » alla realtà sociale e « rigorosamente definito attraverso questa », non invece in base ad astratte teorie.[44] Pensiero organico significa per Eichhorn pensiero storico-genetico: in tal modo, egli si contrappone tanto alle teorie contrattuali del Diritto naturale e al ‹Diritto statale universale›,[45] quanto alle teorie del potere pubblico, come di un'autorità ordinata divinamente.[46]

Di che cosa qui si tratti si può scorgere esaminando la questione, così importante per quel tempo, relativa alla necessità di una legislazione riformistica. Eichhorn non rifiuta pregiudizialmente una legislazione, purchè essa « derivi dalla diretta necessità, risultante da una precisa situazione storica, e cerchi il suo principio informatore nella natura della stessa realtà concreta »; ogni produzione legislativa che segue un'astratta teoria « non ha alcun altro scopo pratico che la dissoluzione di ciò che esiste ».[47] In tal modo la storicità è riconosciuta come il vero e proprio principio che determina lo sviluppo della realtà; Herder e Burke, ai quali si richiama Eichhorn,[48] sono andati oltre il pensiero

41. Cfr. EICHHORN: I Prefazione IX-X.
42. Cfr. al Capitolo 3, Sezione I, Sottosezione 1.
43. EICHHORN: IV 707.
44. EICHHORN: IV 707, 714-715.
45. Nel suo giudizio sull'‹*ALR*› si esprime in modo particolarmente manifesto il suo pensiero storico-organico. Esso è per lui sorretto dalla « signoria di una filosofia superficiale », ed egli osserva « che ciò che era presentato come una regola generale e valida in sè, era invece dedotto esclusivamente da una situazione data, e che quest'ultima era considerata un tipo generale di società civile solo per il fatto che i creatori di quella teoria l'avevano assunta arbitrariamente, e non l'avevano astratta da una individualità realmente preesistente nell'esperienza, senza accorgersi che, a loro stessa insaputa, si era verificato in parte proprio ciò » (EICHHORN: IV 713-714).
46. EICHHORN: IV 704-705.
47. EICHHORN: IV 717.
48. EICHHORN: IV 708-709, 717-718.

naturalteoretico, ancora presente in Möser, e la riflessione romantica nei confronti della storia è ancora piuttosto lontana.[49] Questo pensiero storico condiziona anche le idee politico-statali di Eichhorn: anche in questo campo si tratta per lui della realizzazione del principio storico-organico. Egli non è prono a nessuna specie di quietismo, nè contesta al suo tempo l'inclinazione alla legislazione, ma si colloca decisamente contro ogni astratta teoria e programma, che, a sua opinione, sono creati solo allo scopo di gettare nell'infelicità i popoli.[50]

Riforme e ristrutturazioni sociali devono provenire dalle necessità della situazione storica data e limitarsi ad essa. La Rivoluzione francese e le sue idee, come in particolare le teorie politiche del XVIII secolo, vengono fermamente rifiutate da Eichhorn[51]. Proprio il fatto che qui — per usare un'espressione di Hegel — l'uomo « si pone sulla testa, cioè sulle idee, e costruisce su di essa la realtà »,[52] è per lui la prova migliore che vi agisce il pensiero astratto, inorganico e perciò distruttore. Il giusto ordinamento, limitato ai mutamenti avvenuti nella realtà, è per Eichhorn un costituzionalismo su basi cetuali-corporative: riforma conforme allo spirito dei tempi e ulteriore sviluppo dello Stato territoriale per ceti.[53] Egli approva la maggior parte delle « unificazioni statali » e delle riforme durante e dopo il periodo della Lega Renana, ma il costituzionalismo liberale, ispirato alle idee del 1789, non ha, secondo lui, alcun reale fondamento nella storia tedesca.[54] Così egli deplora vivacemente che, dopo il crollo napoleonico, « il mito della separazione dei poteri e l'intero apparato dei sofismi della prima Assemblea Nazionale francese » continui ad essere sostenuto in Germania.[55]

In maniera diversa che per la generazione dei Germanisti, devota allo Stato costituzionale nazionale, non sorge in alcun modo per Eichhorn il problema di ricercare nelle più antiche condizioni costituzionali i principî del costituzionalismo liberale e di dimostrare come questi fossero ‹tedeschi›, ‹germanici›, ‹nazionali› e così via. Il suo quadro costituzionale non ha bisogno di essere

49. Su ciò si veda il Capitolo 3, Sezione I, Sottosezione 1; inoltre R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 2, 274-275.

50. La sua polemica si rivolge in tal modo particolarmente contro le teorie politiche dell'Illuminismo; esse sono « astratte », « vuote », un'« astrazione generale da premesse teoriche », senza fondamento nella realtà, eccetera: cfr. Eichhorn: IV 708-709, 717-719, 723-724, in relazione alle riforme di Giuseppe II, le quali non si limitavano al raggiungimento di ciò che « era dato da una necessità sentita direttamente », ma che invece erano « dedotte da una teoria astratta ».

51. Eichhorn: IV 717-718; J. F. von Schulte *Karl Friedrich Eichhorn* cit., 101.

52. G. F. W. Hegel *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte* (Leipzig 1929³) ‹Gesammelte Werke (Ausgabe Glockner), 11› 557.

53. Su ciò J. F. von Schulte *Karl Friedrich Eichhorn* cit., 96-98.

54. Eichhorn: IV 733-734; inoltre J. F. von Schulte *Karl Friedrich Eichhorn* cit., 97.

55. Eichhorn: IV 719.

rapportato alla storia, esso è ancora nella storia, nella continuità tuttora ininterrotta dello Stato monarchico per ceti.

La situazione è identica quanto al pensiero nazionale di Eichhorn. I più giovani rappresentanti della ‹Scuola storica del diritto› hanno tentato di far derivare la concezione storica del diritto di Eichhorn dal pensiero nazionale risvegliatosi agli inizi del XIX secolo e di porre in primissimo piano l'elemento nazionale esistente in lui.[56] Ma il pensiero nazionale di Eichhorn non ha legami storici con il suo tempo, esso si costruisce sulla tradizione dei genuini ordinamenti tradizionali, sul patriottismo imperiale del XIX secolo e sulla rinascente cultura nazionale, non sulla individualità dei popoli e sull'idea di personalità, che, nel nome della natura e della lingua, liberamente si contrapporrebbero agli ordinamenti storici.[57] ‹Nazione› e ‹nazionale› significano, all'incirca come per Möser o per Lessing, l'affermazione della proprietà storica e culturale del popolo e dei suoi ordinamenti, ancora del tutto priva del pathos di una idea politico-programmatica, mirante ad una revisione universale, in base allo spirito della Nazione risvegliata.[58]

III.

In Eichhorn sembrano dunque esistere tutte le premesse perchè la sua opera riesca a sollevarsi al di sopra di questioni e di linee culturali vincolate ai tempi e riesca a riconoscere le condizioni storico-costituzionali in quanto tali, nella loro sostanza più autentica. Tutto quanto vi è di programmatico, sia al servizio dell'elemento nazionale che di quello costituzionale, è lontanissimo dalla sua considerazione storica.

56. Tipica, in questo senso, è la valutazione di Eichhorn fatta da Karl von Richthofen nel *Deutsches Staatswörterbuch* di BLUNTSCHLI e BRATER, già citata alla nota 39. La considerazione storica del diritto di Eichhorn viene ricondotta completamente alla formazione romantico-nazionale della scuola dei Germanisti e la sua trattazione, definita in senso storico-politico, della Rivoluzione francese viene interpretata semplicemente come affermazione di autonomia tedesca e come contrapposizione alla Francia e a tutto ciò che è francese. Cfr. K. VON RICHTHOFEN *Eichhorn* cit., 246-248, 262-263.

57. Nello stesso orientamento di fondo, ma non del tutto in accordo H. von SRBIK *Geist und Geschichte vom deutschen Humanismus bis zur Gegenwart* I (München-Salzburg 1950) 205. Sul punto fondamentale E. LEMBERG *Geschichte des Nationalismus in Europa* (Stuttgart 1950) 168 ss, e E. FORSTHOFF *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit* (Berlin 1940) 98-108.

58. Ciò si manifesta presso Eichhorn tra l'altro nel fatto che in lui manca ancora totalmente la ricerca delle « istituzioni tedesche » e dello Stato nazionale nel passato. In seguito tutti gli ordinamenti e tutte le norme ‹statuali› dovranno essere qualificate come tedesche, germaniche, nazionali, mentre Eichhorn per lo più può limitarsi ad introdurre il grande influsso delle condizioni romane sulla costituzione comitale franca (EICHHORN: I 607) o l'influsso romanistico ed ecclesiastico delle costruzioni di diritto consuetudinario nel Regno franco-carolingio (EICHHORN: I 607).

Se si considera tuttavia, nel suo fondamento e nei suoi concetti ed istituzioni portanti, la *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* — che contiene un'esauriente storia del diritto e costituzionale dagli inizi fino al XVIII secolo — balza in evidenza anche qui, nei suoi tratti essenziali,[59] non diversamente che in Möser e in Hüllmann,[60] un quadro costituzionale orientato nel senso delle condizioni esistenti nel tardo XVIII secolo. Dall'epoca germanica in poi viene presupposta una contrapposizione di Stato e Società, di pubblico e privato, e i ceti vengono intesi come strati sociali. Questi ultimi appaiono sotto il titolo « Diritto privato »; Parte I: « Diritto delle persone », diviso in: Nobiltà, Libertà, Non-libertà.[61] Per descrivere la struttura del ‹Diritto pubblico›, si procede dall'esistenza di distretti amministrativi ordinati gerarchicamente, e già a partire dalla fine del IX secolo il « potere statale » viene suddiviso nei singoli diritti governativi ⟨Regierungsrechte⟩, cioè nei diritti sovrani dello Stato territoriale per ceti.[62] Tutto quanto accade in campo storico-costituzionale gioca nell'ambito dello Stato unitario, « costituito » dall'avvento della sovranità territoriale, il quale ha potere sopra un'organizzazione amministrativa capillare basata sugli uffici e sopra i suoi impiegati. I ceti dei cittadini si trovano, nei confronti dello Stato, nella stessa posizione di quei privati, i quali, in forza della loro posizione giuridica e della loro potenza di fatto, prendono parte al potere pubblico, ma vengono in misura sempre crescente spodestati per mezzo di poteri intermedi autonomi. Fino al tardo Medioevo non vi è « stato in Germania nessun altro potere pubblico, al di fuori di quello del Re ».[63]

1. Corrispondentemente, anche gli inizi dello sviluppo costituzionale vengono considerati, secondo lo schema di Möser e Montag, in senso comunitario-statale. Non già la Nobiltà, il Castello e la Signoria sono, come vorrebbero le tesi della più recente ricerca,[64] i fondamenti della costituzione più an-

59. Per quanto segue viene posta a fondamento la IV edizione della *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, apparsa nel 1834-1836. In essa tutti i volumi hanno subito, in confronto alla I edizione, una rielaborazione o sono stati rifatti dal nuovo (cfr. la Prefazione alla IV edizione); d'altra parte la IV edizione è l'ultima che derivi dall'attività accademico-scientifica di Eichhorn, la quale giunse al termine nel 1833-1834. Per questa ragione essa andava preferita, ai fini della presente ricerca, alla V edizione del 1842-1844. Essa è inoltre oggi di gran lunga la più facilmente reperibile.

60. Cfr. ‹retro› il Capitolo 1 II e III 2 come anche questo Capitolo, alla Sezione I.

61. Cfr. Eichhorn: I xv e xxiii; II xv-xvi; III xiii. Solo per il periodo dello Stato territoriale per ceti, già formato, i ceti vengono trattati, in maniera caratteristica per il processo di sviluppo posto a fondamento, sotto la Rubrica « Diritto dello Stato territoriale » come le « differenti classi della popolazione », cfr. Eichhorn: IV xiii-xiv e 371.

62. Eichhorn: II xi-xiii.

63. Eichhorn: III 176.

64. Cfr. H. Dannenbauer *Adel, Burg und Herrschaft* cit., passim, ma sopra tutto 91-94; W. Schlesinger *Herrschaft und Gefolgschaft* cit., sopra tutto 141-146, 177-179; in modo analogo, riguardo all'importanza attribuita alla comunanza di stirpe, cfr. anche K. S. Bader *Volk, Stamm,*

tica, bensì le ‹comunità di marca›, fondate sull'utilizzazione comune della terra, le quali, per parte loro, sono legate alle ‹comunità di popolo›, aventi natura politico-associativa.[65] Il punto di contatto è costituito dai ‹comitia›, l'Assemblea distrettuale ⟨Gauversammlung⟩ di tutti i ‹liberi›, la quale decide su tutti gli affari pubblici importanti; per i periodi di pace esistono altre autorità elette, aventi funzioni giurisdizionali e dotate di « potere esecutivo ». Dai « centeni singuli ex plebe... » di Tacito[66] si forma una « commissione delle comunità » la quale collabora nelle funzioni sovrane fra un'Assemblea ordinaria e l'altra:[67] l'analogia con la commissione dei ceti territoriali s'impone.

Il passaggio ad un potere autonomo del Re, come titolare in proprio dei diritti signorili dello Stato, si compie per Eichhorn attraverso l'istituto dei seguiti di servizio. In ciò egli mantiene una posizione intermedia fra la posizione patrimoniale di Hüllmann e quella di tipo costituzional-liberale della generazione dei Germanisti.[68] Partendo dal modello costituzionale dello Stato per ceti, egli, a differenza di quanto accadrà più tardi per Waitz, Roth e Heinrich Brunner, non trova alcuna difficoltà ad ammettere, anche al tempo dei Germani, un ceto nobiliare, determinato per nascita, con privilegi speciali, e a vedere nei seguiti germanici il seguito di servizio dei signori nobili.[69] In tal modo, egli si tiene aperto il cammino per riconoscere ai seguiti un significato politico centrale nella vita dello Stato germanico. Essi, secondo la sua concezione, non costituiscono solo la principale forza militare nelle guerre nazionali e la forza d'urto nelle spedizioni di conquista, ma rappresentano, anche nel periodo delle invasioni e delle migrazioni, una vera e propria forza costruttiva dello Stato, dal momento che da essi si formano nuovi popoli e nuovi vincoli di signoria.[70] È vero che anche a queste ultime Eichhorn applica lo schema costituzionale: Autorità, Nobiltà e ‹liberi›, ma al di sopra colloca sempre il potere del Re-Signore con seguito, come un potere signorile autonomo e pensato in termini statuali, che diventa il punto d'avvio di una costituzione per uffici. Si tratta già del potere più elevato, ma poichè non assomma ancora in sè ‹tutto› il potere pubblico, anzi continua a coesistere con una autonoma partecipazione del popolo a quest'ultimo, esso si presenta soltanto come ‹autoritario›, non ancora come monarchico.[71] In esso è contenuto solo il ‹germe› in sviluppo di un

Territorium cit., 245-247, 252-256, il quale in generale concorda, pur con un certo riserbo, con i risultati della Scuola di Theodor Mayer. Per la struttura della nobiltà cfr. anche H. Mitteis *Adelsherrschaft* cit., 228-232 e T. Mayer *Königsfreie* cit., 17-18.

65. Eichhorn: I 61-64.
66. *Germania* Capitolo XII.
67. Eichhorn: I 65-66.
68. Cfr. ‹retro› pagina 84 ed ‹infra› Capitolo 3, Sezioni II e IV; Capitolo 4, Sezione I.
69. Cfr. Eichhorn: I 67-70, 78-79.
70. Eichhorn: I 80-83.
71. Eichhorn: I 83-86, specialmente anche pagina 83 nota d.

potere legislativo, punitivo e fiscale proprio:[72] solo attraverso un processo di concentrazione esso può divenire ad un certo punto potere monarchico (come accade con Carlo Magno, punto di partenza del nuovo destino imperiale).[73] La Nobiltà si rafforza, in quanto è il più stretto seguito di servizio del Re, attraverso la divisione territoriale e l'amministrazione per uffici,[74] i seguiti di servizio costituiscono, nel loro complesso, l'‹eribanno› e diventano il fondamento della posizione di potere del Re.[75]

Questa derivazione di un potere regio, basato sulla titolarità del potere statale, dai rapporti di seguito e dalla conquista doveva trovare recisa contestazione presso storici ‹costituzional-liberali› come Waitz e Roth: costoro infatti, anche se non arrivano a negare lo Stato, lo fanno derivare da relazioni di servizio personali, in ultima analisi da rapporti ‹privati› di signoria e di dipendenza, invece che da elementi generali, di ordine costituzionale.[76] Nondimeno, oppure proprio per il fatto che egli non si è attenuto a questo modello ‹costituzionale› di stampo liberale-ottocentesco, Eichhorn ha riconosciuto ed interpretato taluni elementi essenziali dello sviluppo in modo più esatto dei suoi critici.[77]

In tal modo Eichhorn giunge, anche per la costituzione militare franca, a risultati diversi, contrari allo spirito costituzional-liberale ottocentesco. Ogni dovere di ‹eribanno› è per lui originariamente fondato su relazioni di seguito; i ‹leudes›, che in Gregorio di Tours e Fredegario sono sempre in primo piano, non sono per lui sudditi dotati di cittadinanza, con obbligo militare generale,[78] ma appartengono all'ampio seguito di servizio regio, e vengono ricompensati

72. EICHHORN: I 210-211.

73. Su ciò EICHHORN: I 576-578.

74. EICHHORN: I 83-86.

75. EICHHORN: I 202 ss. Riepilogando: « Sulla fedeltà di questi uomini di servizio riposava il potere del Re, il loro riconoscimento decideva sul diritto alla Corona » (EICHHORN: I 207). Come prova vengono addotti Gregorio di Tours III, 23 e Fredegario Capitolo 79. ‹Leudes› e ‹fideles› sono perciò gente di servizio e di seguito, gli antustrioni sono la loro « classe più elevata » (EICHHORN: I 206-207).

76. Cfr. WAITZ: I 162-165, 166-176, 580-585, dove il Re viene inteso nel senso di « titolare del potere statale » e la sua posizione vien fatta derivare dalla successione nei diritti comunque statali del popolo e delle Assemblee di quest'ultimo; in P. VON ROTH *Geschichte des Benefizialwesens von den ältesten Zeiten bis ins 10. Jahrhundert* (Erlangen 1850) 106-108, e 110 ss, si trova una polemica manifesta contro la negazione di Eichhorn dell'associazione dei sudditi con obbligazione egualitaria di tutti i ‹liberi› e con potere regio unitario-statale. Su ciò anche ‹infra›, al Capitolo 4, Sezione I, Sottosezione II, pagine 218-219.

77. Cfr. il recentissimo giudizio di W. SCHLESINGER *Herrschaft und Gefolgschaft in der germanisch-deutschen Verfassungsgeschichte*, in « *HZ* » 176 (1953), ma citato secondo la ripubblicazione in *Herrschaft und Staat im Mittelalter* (Darmstadt 1956) 154-158; e *Über germanische Heerkönigtum*, in *Herrschaft und Staat* cit., 116-124.

78. Così P. VON ROTH *Geschichte des Benefizialwesens* cit., 110 ss ed altrove; questa, da allora, è l'opinione più diffusa: cfr. anche T. MAYER *Königsfreie* cit., 23-24.

dei loro servigi di guerra con terre regie:[79] ciò tiene conto del carattere di conquista della colonizzazione franca nella Gallia. Vi è un bando generale solo nel caso di leve di massa, di difesa diretta ed immediata;[80] sui campi di battaglia non s'incontra il ‹popolo in armi›, che è insieme rassegna militare e Assemblea del regno, bensì i ‹leudes› potenti, insieme al popolo che vuole la guerra. [81]

Chiaramente Eichhorn procede dunque, per il periodo carolingio, da un obbligo generale al servizio militare, proprio di tutti i ‹liberi›: Carlo Magno aveva a sua disposizione le « forze di guerra dell'intera Nazione ».[82] Partendo dalla sua concezione social-cetuale, Eichhorn può intendere gli ‹homines liberi› e i ‹franci homines› delle fonti solo come i ‹liberi comuni›;[83] il loro bando di convocazione, che è spesso riportato nei Capitolari, deve perciò avere necessariamente carattere generale, fondato su un dovere generale al servizio militare. Il processo di colonizzazione militare proprio dei Franchi[84] gli è, in quanto tale, ignoto, e d'altra parte il modello costituzionale dello Stato per ceti gli impedisce di arrivare al concreto concetto di libertà — talvolta legato ad uno ‹status› e a concrete ‹libertà› — proprio di un mondo non-statale. In particolare, il passaggio dall'esercito basato sul seguito di servizio all'‹eribanno› dei sudditi gli appare come uno sviluppo organico progressivo. Dal momento che gli uomini soggetti a servizio non erano più sufficienti a Carlo Martello, anche dopo la concessione di terre alla Chiesa, egli fu costretto a « convocare il popolo ». Dapprima eccezionale, divenuto poi gradualmente obbligatorio, l'‹eribanno› si trasformò da esortazione generica in bando vero e proprio: Carlo Magno sistemò infine tutta la questione da un punto di vista giuridico.[85] La costituzione militare carolingia ha così un duplice fondamento: il ‹generale› dovere di fedeltà di ogni libero e ‹particolari› relazioni feudali e di servizio nei confronti del Re.[86] L'idea che l'obbligo militare generale dei ‹liberi del Re› riposi strutturalmente su una relazione ‹particolare› — lo ‹status› di colono militare ‹libero del Re› — è da Eichhorn dissimulata attraverso l'intera sua problematica, orientata verso la situazione propria dello Stato per ceti.[87] Corrispondentemente, il passaggio di questi ‹liberi del Re› ad altri rapporti ‹particolari›,

79. EICHHORN: I 202 ss.
80. EICHHORN: I 212.
81. EICHHORN: I 520 ss.
82. EICHHORN: I 543-544.
83. Cfr. su ciò il § 4, pagine 98 ss.
84. Indagato e spiegato esaurientemente in H. DANNENBAUER *Die Freien im karolingischen Heer* cit., 49-64 e *Hundertschaft, Centena, Huntari* cit., sopra tutto 214-218, 219-222.
85. EICHHORN: I 543-544.
86. EICHHORN: I 703-704, e 704-720.
87. Nel trattare la costituzione delle Contee di marca Eichhorn stesso riunisce insieme tutti gli elementi di questo ‹status› particolare. Egli riferisce della fondazione di solidi insediamenti di coloni tedeschi, che trovarono asilo nei villaggi, e del dovere di difesa di questi ‹liberi› (EICH-

come quelli di vassallaggio, di ‹avvocazia› e di signoria terriera, deve apparire come una diminuzione, cioè come un disfacimento della libertà generale, del popolo unitario, e come dispersione e corrosione dell'ambito di efficaiac degli ufficiali ‹pubblici› di fronte a quelli solo signorili (privati).[88]

2. La questione dell'influenza della costruzione costituzionale dello Stato per ceti sorge anche in rapporto all'interpretazione di Eichhorn della costituzione carolingia. Già per il periodo merovingio egli tende a considerare gli elementi ‹di ufficio› come un'organizzazione per uffici già perfezionata.[89] Ma non è tanto la recisa affermazione della ‹struttura per uffici› della costituzione carolingia a dare nell'occhio — l'importanza particolare di ‹ufficio› e di ‹servizio› per l'organizzazione del grande Impero carolingio e l'efficacia di elementi ‹transpersonali› nel sistema signorile carolingio costituiscono al giorno d'oggi uno stato sicuro della ricerca[90] — quanto, sopra tutto, il modo in cui le testimonianze delle fonti vengono dedotte ed interpretate incessantemente in base ai concetti e alle istituzioni proprie dello Stato per ceti. Continuamente risalta, attraverso le interpretazioni di Eichhorn, la struttura costituzionale dell'antico Impero e dei Territori, nonostante che egli da una parte intenda il « diritto pubblico franco » come passaggio dall'antica costituzione popolare al sistema feudale, e d'altra parte scorga chiaramente la doppia struttura spiritualemondana sorta nel corso dell'impero di Carlo, e il duplice fondamento, così instauratosi, del potere regio.[91]

Per questa via il concetto di « legge fondamentale della monarchia », relativo al sistema costituzionale dello Stato per ceti, viene applicato alle regolamentazioni di eredità e di successione al trono contenute nei Capitolari.[92]

HORN: I 562-563). In tal modo non è possibile concludere in favore di un concreto ‹status› dei ‹liberi del Re› e dei ‹liberi coloni› sulla base dei concetti impiegati.

88. EICHHORN: I 724-727, 743-746.

89. Per l'Austrasia egli assume una progressiva divisione in Ducati e Comitati, amministrati da ufficiali regi; ogni Ducato consiste di più Comitati, cfr. EICHHORN: I 460-462. « La costituzione di distretto è sicuramente la stessa dovunque » (EICHHORN: I 460). Per le « sottodistinzioni » del Comitato, le Centene, Eichhorn sostiene che queste come tali non erano reperibili dovunque, ma che « dovunque almeno il significato giuridico delle sottodistinzioni del distretto deve avere corrisposto al concetto di Centena » (EICHHORN: I 432), esempio tipico di generalizzazione effettiva di un quadro costituzionale prestabilito.

90. Recentemente T. MAYER *Staatsauffassung in der Karolingerzeit:* in *Das Königtum* (Lindau-Konstanz 1953) ‹Vorträge und Forschungen, 3› 169 ss; G. TELLENBACH *Europa im Zeitalter der Karolinger*, in *Historia Mundi* V (Bern 1956) sopra tutto 409-414, con considerevoli correzioni al quadro tradizionale dello Stato di Carlo Magno; analogamente anche H. MITTEIS *Formen der Adelsherrschaft im Mittelalter*, in *Festschrift für Fritz Schultz* II (Weimar 1951) 238-239.

91. EICHHORN: I 667 ss, 576 ss.

92. EICHHORN: I 588, 593-594, inoltre 623-625. Sul concetto delle leggi fondamentali della nazione e del loro significato in Francia, cfr. R. HOLTZMANN *Französische Verfassungsgeschichte* (München-Berlin 1910) 643-647.

Le Contee missatiche hanno, come già per Möser, tutte le funzioni di un organo regio di controllo e d'intervento nei confronti dell'amministrazione provinciale. Ad esse compete la supervisione sull'« attuazione delle leggi generali » e delle ordinanze relative al servizio militare, l'esercizio della più alta giurisdizione, il controllo sui beni regi e della Chiesa, infine la trattazione degli « affari provinciali generali »: cioè la presa di conoscenza e l'accettazione di leggi, il controllo di polizia, il controllo degli impiegati e così via, in occasione delle ‹Assemblee provinciali generali› appositamente convocate.[93] Queste ultime sono formate dai rappresentanti degli uffici superiori ed inferiori ecclesiastici e regi del distretto, dai vassalli del Re e da qualche Scabino.[94]

Le Assemblee dei Grandi ecclesiastici e laici hanno il carattere di Diete costituzionali dell'Impero: esse costituiscono un compiuto « istituto di diritto pubblico » e i loro componenti sono ‹ceti dell'Impero› nel senso specifico del termine.[95] A tale situazione corrisponde sia la loro composizione che il loro funzionamento: ‹ceti dell'Impero› con diritto di voto sono, in campo ecclesiastico, Vescovi ed Abati, in campo laico, Nobili e titolari di uffici statali o di corte. Il monarca fissa i punti della discussione, e i ceti, dopo avere discusso ed avere deciso, gli presentano i risultati: dopo il consenso del monarca, le decisioni prese vengono sottoscritte da tutti ed acquistano forza di legge. Delle questioni spirituali si occupano separatamente Vescovi ed Abati; la Dieta dell'Impero si divide in « due Curie ».[96]

Infine esiste un sistema di tribunali regi articolato su tre piani. In primo luogo il Tribunale del Conte al quale era sottoposta ancora, in via di principio, « ogni persona » — immunità significa solo « rappresentanza » davanti al Tribunale pubblico, non Tribunale pubblico dello stesso signore immune[97] —, con eccezione degli ecclesiastici, ai quali spettavano speciali privilegi; al di sopra stava il Tribunale del ‹missus›, da una parte come istanza d'appello e di revisione, dall'altra con competenza più ampia — più vicina a quella del Tribunale palatino regio — anche come tribunale di prima istanza; infine vi era il supremo Tribunale regio, come corte d'appello e come tribunale esclusivo

93. EICHHORN: I 580-583 (in generale) e 678-680 (trattazione specifica).

94. EICHHORN: I 678-680.

95. EICHHORN: I 682 ss; sui Ceti imperiali anche EICHHORN: I 580 nota e, 590 nota b.

96. EICHHORN: I 682-685. Secondo la costituzione della Dieta imperiale del XVII e XVIII secolo, l'Imperatore fissava, attraverso il ‹Direktorium›, i punti da deliberare ai Collegi dei Principi e dei Principi Elettori. La loro decisione concorde veniva sottoposta, una volta approvata anche dalle città, come ‹consultum imperii› all'Imperatore per la sanzione, per mezzo della quale essa otteneva il carattere di decisione imperiale (‹conclusum imperii›) ed acquistava efficacia di legge. Negli affari religiosi la Dieta imperiale si divideva nel ‹corpus catholicorum› e nel ‹corpus evangelicorum›. Cfr. C. VON SCHWERIN *Grundzüge* cit., 291; R. SCHRÖDER *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte* (Leipzig 1907[5]) 607-608.

97. EICHHORN: I 308-310, 471-472.

per Vescovi, Abati e Conti.[98] Per poter estendere questo sistema unitario anche al di sotto del Tribunale del Conte, le svariatissime testimonianze delle fonti a questo riguardo vengono liberamente considerate come diverse denominazioni locali della medesima istituzione, in particolare del Giudice di Centena.[99]

Si comprende da sè che in questo compiuto ordinamento, già pienamente statuale, la faida non può trovare alcuna sistemazione autonoma: essa appare come istituto dell'autodifesa processuale. In seguito a rapina, omicidio e rottura della pace — nel senso di pace legale generale dello Stato — era « giuridicamente legittima anche l'autodifesa e la vendetta privata, cioè la faida ».[100]

3. In egual modo è trattata e condotta l'indagine e l'interpretazione delle fonti giuridiche riguardo ai rapporti ‹statali›. A questo proposito sono indicative la contrapposizione di diritto positivo e di diritto consuetudinario, come anche di diritto positivo e di diritto contrattuale,[101] di leggi approvate dal popolo e di ordinanze regie;[102] l'assunzione di un ambito di efficacia delle fonti giuridiche esteso di regola all'intero territorio della stirpe e dello Stato;[103] la costante presunzione della generale applicazione di fatto delle norme giuridiche, una volta fissate e convenute. I diritti nazionali appaiono, secondo le rispettive Introduzioni, come redazioni di un antico diritto consuetudinario, compiute da esperti: dal monarca viene solo l'iniziativa, non l'impronta contenutistica.[104] Essi hanno bisogno, in quanto leggi ‹vincolanti›, dell'accettazione da parte delle ‹comunità di popolo›: le forme di tale accettazione, anche se non sono esattamente note ad Eichhorn, non si riducono certamente, in ogni caso, alla semplice approvazione della Nobiltà:[105] ciò sarebbe in contraddizione con la concezione storico-organica del diritto. Come più tardi Waitz e i suoi seguaci, Eichhorn determina la differenza fra le ‹leges› e i Capitolari, in base a quella fra legge ed ordinanza. Criterio della distinzione è la misura ed il tipo di incidenza rispettivamente della partecipazione popolare e della pre-

98. EICHHORN: I 690 ss.

99. EICHHORN: I 690-693.

100. EICHHORN: I 441-442. Sul problema della ‹faida› nell'ordinamento feudale, si veda in generale O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 21-46, 119-123.

101. EICHHORN: I 605-607.

102. EICHHORN: I 612-614, 626-628.

103. In tal modo viene attribuita ai Capitolari di Carlo Magno e Ludovico il Pio la funzione di costituire un « diritto comune » dell'intero Impero in contrapposizione ai diritti nazionali, e viene dunque introdotta la loro validità unitaria per l'intero Impero (EICHHORN: I 611 ss); in EICHHORN: I 626, i Capitolari vengono definiti « una specie di legislazione imperiale per mezzo di ordinanza »; in occasione dell'interpretazione della costituzione giudiziaria carolingia essi vengono in ogni caso definiti come principî giuridici validi in generale (EICHHORN: I 690-693).

104. EICHHORN: I 224-228; per una correzione nell'ordine dei fatti H. MITTEIS *Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Kurzlehrbuch.* Neu bearbeitet von H. Lieberich (München 1958[5]) 59-61.

105. EICHHORN: I 228-229.

rogativa regia.[106] Il dualismo proprio dello Stato per ceti, proposto in forme costituzionali, presta il materiale necessario per questa concezione. Agli « occhi della popolazione » i Capitolari sono all'inizio solo ordinanze che obbligano i ceti dell'Impero; solo per mezzo della loro accettazione da parte delle ‹comunità di popolo›, essi possono essere posti sullo stesso piano delle Leggi nazionali.[107] L'uguaglianza formale di essi — come differenti forme d'espressione dello stesso potere legislativo — e l'ambito potenzialmente uguale al quale sono indirizzati — tutti i ‹liberi›, cioè i sudditi — sono sempre presupposti.[108] Per l'alto ed il tardo Medioevo, Eichhorn ordina le fonti di diritto secondo la contrapposizione di legge ed autonomia;[109] l e g g e è il diritto imposto, emanato da un'autorità superiore, a u t o n o m i a è il diritto pattuito, convenuto a discrezione.[110] Da questa concezione resta escluso ciò che è caratteristico delle costruzioni giuridiche in ordinamenti non-statuali, contraddistinti da numerose e concrete relazioni di potere, cioè il fatto che esse si trovano a metà strada fra autonomia e legge, e non sono nè solo convenute nè imposte o emanate unilateralmente.[112] In tal modo i diritti di servizio medievali appaiono come convenzioni di natura contrattuale intervenute fra gli interessati, e le concessioni di diritto cittadino per mezzo di franchigia appaiono come ‹leggi territoriali›,[113] mentre sono concessioni unilaterali del potere pubblico.

Questa concezione delle fonti di diritto orientata nel senso del modello costituzionale dello Stato per ceti non resta però necessariamente un'interpre-

106. EICHHORN: I 612-614.

107. EICHHORN: I 613-614, 627-628.

108. I concetti di ‹capitularia› e di ‹lex› appaiono come « termini tecnici » per ‹leggi› di diverso significato: EICHHORN: I 628. Sulla base delle ricerche più recenti, che hanno confinato l'associazione statale unitaria come anche il ceto dei ‹liberi comuni› nell'ambito di una costruzione giuridico-letteraria, è principalmente da chiedersi fino a che punto diritti nazionali e Capitolari si rivolgano alla stessa cerchia di destinatari, se piuttosto i primi non valessero in prima linea per i ‹liberi› superiori e di pieno diritto, e dunque per i signori piccoli e grandi, i secondi invece, nella misura in cui non comportavano esclusivamente incombenze ai ‹missi›, valessero in primo luogo per gli insediati militari, i così detti ‹liberi del Re›. Cfr. su ciò le osservazioni di T. Mayer, nel ‹Nachwort› a H. HIRSCH *Gerichtsbarkeit im deutschen Mittelalter* (Darmstadt 1958²) 247-248. Sull'ambito ed il territorio di validità, sul contenuto e la funzione dei Capitolari in generale, d'altronde però in parte in uno schema statuale, cfr. F. L. GANSHOF *Was waren de Capitularien?* (Bruxelles 1955³).

109. Cfr. l'Indice sommario in EICHHORN: II IX.

110. Cfr. EICHHORN: II 211.

111. Su ciò J. S. PÜTTER *Institutiones juris publici germanici* (Göttingen 1770) § 217, pagine 202-203, dove alla « potestas legislatoria » del Signore territoriale viene contrapposta l'autonomia delle famiglie nobiliari, delle città, delle Gaue e delle province, che viene definita come « libertas propriis vivendi legibus ».

112. Su questo problema cfr. anche W. EBEL *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland* (Göttingen 1958²) 42-53.

113. Cfr. EICHHORN: II 202-205, 215-216.

tazione preconcetta isolata: dal fatto che le ‹leges›, i Capitolari e le successive ‹constitutiones› regie vengono intese come atti legislativi statali, e il loro contenuto come diritto ‹generale› della stirpe e del Regno, sono poi tratte ulteriori conseguenze. Il passo è breve per arrivare a ridurre l'apparato costituzionale reale alle leggi ‹efficaci› e quindi a parlare di un « diritto pubblico franco » unitario; a configurare i concetti giuridici usati in queste fonti di diritto — come i ‹liberi› e l'obbligo militare — come espressioni di condizioni generali, proprie di una realtà ordinata in termini statuali; ad intendere le istituzioni giudiziarie ed amministrative menzionate nei Capitolari come generali, e valide per tutto il territorio statale; a definire le condizioni costituzionali e del diritto dei ceti per i secoli XII e XIII — individuate quasi solo in base ai codici — come espressioni del ‹diritto comune›. Tutto ciò si può facilmente rintracciare in Eichhorn.[114] Tali interpretazioni d'altronde si corrispondono, si presentano come reciprocamente condizionate: esse rimandano al quadro costituzionale generale, che sta alla base e che determina la problematica e la prospettiva dell'indagine.

4. L'influsso di questo quadro costituzionale e statale su Eichhorn è particolarmente evidente nella descrizione delle condizioni dei ceti e della loro evoluzione. Fino al periodo della formazione dello Stato territoriale per ceti egli si occupa di questi ultimi nella sezione: « Diritto privato »; Parte I: « Diritto delle persone ». Questa non è solo una formalità imposta dall'esigenza di un raggruppamento sistematico della materia, bensì in essa è presente la concezione dei ceti come classi sociali, di diritto più o meno privilegiato, sul corpo di una società unitaria di cittadini o di sudditi, come si era costituita o si andava costituendo nel XVIII secolo.[115] Il principio costitutivo e la natura politico-signorile dei ceti, in quanto caratteristica di un ordinamento nel quale non vi è nè un potere statale unitario che monopolizzi fondamentalmente ogni potere coattivo autoritario, nè una comunità unitaria di pace e di sudditi, appare incidentalmente solo in alcuni punti, ma non viene in alcun modo riconosciuto ed applicato come il vero e proprio principio determinante.

Già per i tempi di Tacito, Eichhorn prende le mosse da una comunità divisa socialmente. Nobiltà, ‹liberi›, ‹semi-liberi› e ‹non-liberi› sono i ceti esistenti.[116] La Nobiltà non è titolare di potere in modo autogeno bensì ceto sociale con precise ‹prerogative› politiche, i ‹semi-liberi› e i ‹non-liberi› sono

114. Sul Diritto pubblico unitario cfr. EICHHORN: I 667 ss; per l'interpretazione ‹statuale› dei concetti dei Capitolari, cfr. le considerazioni svolte ‹retro› alle pagine 46-47 ed ‹infra› al § 4, pagine 50-51; per l'organizzazione giurisdizionale ed amministrativa chiusa cfr. ‹retro› § 2; per le raccolte di leggi come fondamento delle condizioni costituzionali e di ceto del XII e XIII secolo cfr. EICHHORN: II 561-562.

115. Cfr. ‹retro› Capitolo 1, Sezione III 1, 70-71.

116. EICHHORN: I 67-68.

« membri obbligati », variamente differenziati, secondo dipendenze « reali » o « personali », in modo analogo a quanto si verifica nello Stato per ceti settecentesco.[117]

La classificazione delle multe, contenuta nelle Leggi nazionali, non ha per lui un fondamento di diritto d'ufficio o di signoria,[118] bensì è l'espressione dei diversi piani dell'edificio sociale. In rapporto alle multe previste nelle Leggi, si distinguono le classi dei ‹liberi›, dei ‹semi-liberi› e dei ‹non-liberi›, ed anche perfino quelle all'interno dei ‹liberi› stessi.[119] La Nobiltà è, secondo il suo « contenuto originario » la più alta classe dei ‹liberi›, ceto ereditario per nascita, con privilegi ereditari.[120] Il problema della Nobiltà franca, che sorge necessariamente in quanto le Leggi nazionali franche non conoscono alcuna Nobiltà e prevedono una multa maggiore solo per gli ‹antrustiones regi› e per gli ‹homines regi›,[121] viene risolto riconducendo gli ‹antrustiones› alla Nobiltà di stirpe e di seguito, determinata per nascita.

Il mantenimento di un seguito spettante solo alla Nobiltà viene inteso da Eichhorn nel senso di un presupposto della condizione di ‹antrustiones›.[122] I ‹liberi› appaiono come i cittadini di pieno diritto dell'unione statale comunitaria: « la completa libertà dipendeva sempre dall'uguaglianza di diritto in una comunità di popolo, poichè l'uso del nome di popolo comporta anche l'indicazione della piena libertà ».[123]

La conseguenza implicita in ciò è di eccezionale interesse. Dal presupposto dell'unione statale delle comunità di popolo discende nella realtà che tutti coloro che sono indicati con il nome del popolo cui appartengono devono essere considerati facenti parte dei ‹liberi›, intesi come il ceto costitutivo dello Stato.

In concreto ciò significa che i ‹franci homines›, i coloni militari o ‹liberi del Re›, insediati qua e là sulle terre regie, in cambio dell'obbligo militare e del tributo,[124] vengono individuati come ‹i› liberi e come il vero e proprio

117. Eichhorn: I 67-70, 72-78.

118. T. Mayer *Die Königsfreien* cit., 25-34 parla di una doppia stratificazione per ceti nell'ordinamento del ‹Wergeld› nella ‹*Lex Salica*› secondo l'antico diritto nazionale e secondo il diritto regio, e fa apparire probabile che i così detti ‹laeti›, liberi a metà, in verità sono coloni militari, ‹liberi del Re›.

119. Eichhorn: I 301-303.

120. Eichhorn: I 303-305, e anche 308-310.

121. Cfr. ‹*Lex Salica*› Titolo 41, 5 (65-Titel-Text).

122. Eichhorn: I 306-308.

123. Eichhorn: I 314.

124. Oggi può essere già considerato un dato acquisito della ricerca che i così detti ‹liberi comuni› del periodo franco-carolingio fossero quei coloni militari insediati su terre regie in cambio dell'obbligo militare e di contributo, la cui ‹libertà› consisteva nel rapporto diretto del loro concreto ‹status› giuridico con il Re. Cfr. la letteratura citata alla nota 21, nel Capitolo I. H. Mitteis *Formen der Adelsherrschaft* cit., 236 parla dei ‹liberi comuni› già come di una « costruzione

popolo. Da ciò consegue ulteriormente che tutte le discipline riguardanti gli ‹homines franci›, come quelle sull'obbligo militare, sull'organizzazione in ‹centene›, sulla scelta dei giudici inferiori, divengono elementi generali della costituzione, proprio perchè riguardano il ceto generale dei ‹liberi›. In tal modo il modello sociale presupposto, basato sullo ‹status› particolare dei coloni militari regi, costituisce lo ‹status› generale di cittadinanza dei cosiddetti liberi Franchi; altre relazioni di ‹status signorili›, come il trovarsi in una signoria terriera o di ‹avvocazia›, possono solo essere commisurate a quello ‹status› generale e devono perciò venire intese sulla base di esso.

In questo senso ai ‹liberi› si contrappongono i ‹non-liberi› e i ‹semi-liberi›; questi si definiscono secondo il grado di dipendenza e di servizio nei confronti di altre persone ‹private›:[125] « In rapporto alla loro situazione privata, gli uomini sono sottoposti al potere di un altro, oppure no ».[126] A ciò corrispondono ulteriori definizioni. Il potere di ‹mundio› è « il complesso dei diritti e delle obbligazioni che in modi diversi sussistono riguardo ad una persona che non sia in grado di difendersi da sola dalle offese, e al suo patrimonio », e la ‹famiglia› è un « tipo di unione » formata da tutti i suoi membri « a difesa delle offese alla proprietà e alla persona di ciascuno da parte di un terzo ».[127] In questa definizione sono presupposti un ordinamento statale compiuto e una società in pace; il concetto di difesa è trasferito nell'ambito del diritto privato delle persone, la sua necessità sorge solo dalla connessione di libertà ed ordinamento giudiziario. Nella costituzione pubblica ‹mundio› e ‹casa› non hanno alcun posto.[128]

Per il periodo carolingio Eichhorn si trova di fronte al problema del continuo passaggio di stanziali militari liberi regi in signorie terriere o ‹avvocaziali›, ecclesiastiche o laiche: essi vennero a trovarsi, così, in una nuova relazione di signoria e di difesa, che non comportava però nè la liberazione dall'obbligo di ‹eribanno›, nè la immediata decadenza allo ‹status› di servi ‹Hörigen›.[129] Eichhorn spiega questo processo come progresso delle signorie di difesa, le quali tuttavia da principio davano luogo solo a « uno speciale rapporto reale », non a dipendenza personale e a differenza di ceto.[130] Egli si tiene fermo al ceto

giuridica contemporanea ». L'antica teoria è ancora presente in H. Conrad *Deutsche Rechtsgeschichte* I cit., 157-158.

125. Eichhorn: I 318 ss.

126. Eichhorn: I 337.

127. Eichhorn: I 337-338.

128. Cfr. in contrario O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., 292 ss sulla casa ‹Haus› come elemento costruttivo della costituzione politica nel mondo medievale. Sull'aspetto signorile-politico del ‹mundio› e sul suo significato per l'intero ambito della ristretta protezione regia, è importante, anche se in parte eccessivo ed unilaterale, A. Waas *Herrschaft und Staat im deutschen Frühmittelalter* (Berlin 1938) 334-340.

129. Una buona descrizione e rappresentazione storico-costituzionale di questo processo si trova in T. Mayer *Die Königsfreien* cit., 40-54.

130. Cfr. Eichhorn: I 805-807, inoltre la ‹Schilderung› alle pagine 724-727.

generale dei ‹liberi›, assumendo nello stesso tempo come criterio giuridico della libertà il perdurante dovere di servizio militare verso l'Impero: in tal modo egli conduce il ragionamento procedendo in senso inverso dall'effetto alla causa.[131] Eichhorn deve tuttavia riconoscere che le differenze di nascita, che egli implicitamente considera come le realmente decisive, continuamente perdono importanza in confronto all'obbligo di difesa, o di determinati altri servizi:[132] questa intuizione rimane tuttavia senza seguito.

Nel considerare la situazione dal X al XIII secolo, Eichhorn cade nel tipico dilemma di un approccio social-cetuale: per sistemare nella cornice del modello social-cetuale tutte le differenziazioni e i nuovi ordinamenti succedutisi attraverso le trasformazioni signorili-politiche di questo periodo, egli sviluppa una quantità di fasi e sotto-fasi all'interno della diade libertà non-libertà, precisamente nel senso di progressivi smembramenti dell'unitaria società statale. In altri termini, non gli è possibile assumere come tali i tratti caratteristici generali della limitazione implicita nel concetto di ceti da lui presupposto:[133] ciò non è casuale, poichè la formazione dei ceti si compì non già secondo quelle caratteristiche generali, ma in modo ben concreto, secondo la loro posizione, all'interno di concrete relazioni signorili.[134] Il risultato di tale osservazione è costituita, per il periodo dal X al XIII secolo, dall'individuazione di sette ceti: ‹non-liberi›, ‹semper-liberi›, ‹semi-liberi›, ‹liberi proprietari›, ‹soggetti ad avvocazia› e ‹dipendenti›, ‹ministeriali›, ‹vassalli›.[135]

Vi è il tentativo di definire ciascuno di questi ceti come ceto per nascita e sociale e a questo scopo sovente il modello è offerto dalle condizioni dello Stato per ceti, nella fase del suo pieno compimento.[136] Così per il ceto dei nobili e dei signori (la « prima classe dei liberi ») viene assunta come fondamento la discendenza per nascita, come caratteristica esterna il possesso della sovranità territoriale, mentre « l'idoneità esclusiva alla sovranità territoriale »

131. Cfr. EICHHORN: I 810-811.

132. EICHHORN: I 810-812. È caratteristica la presa di posizione in EICHHORN: II 74: « Con l'uscita dal servizio militare il libero comune divenne, se non trovava un altro punto d'appoggio della sua indipendenza, il soggetto del Signore che lo difendeva, al quale egli pagava i contributi per il servizio imperiale ».

133. Cfr. l'osservazione in EICHHORN: II 575; inoltre anche a pagina 563.

134. Ciò è reso evidente e spiegato in termini chiarissimi in H. STRAHM *Stadtluft macht frei*, in *Das Problem der Freiheit* cit., 105-121. La terminologia in qualche punto equivoca di Strahm, aspramente criticata da Peter Liver, in « *ZSSR*(G) » 76 (1959) 374, non ha alcuna rilevanza per questa conoscenza strutturale. Contro l'asserzione che tuttavia, proprio nel pensiero medievale, i ceti vengono intesi in senso sociale, in modo indipendente dalle costruzioni politiche ed anzi al di sopra di queste, cfr. le osservazioni pertinenti di O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 461-462, il quale ritrova l'origine di queste caratterizzazioni nella dottrina morale e spirituale della Chiesa.

135. Cfr. l'Indice sommario in EICHHORN: II XV-XVI.

136. In generale EICHHORN: II 576-619.

viene intesa come sua prerogativa cetuale, (tramandata per nascita).[137] Come caratteristica per i ‹soggetti ad avvocazia› e ‹dipendenti› appare il fatto che essi, in occasione di determinati rapporti giuridici, hanno bisogno della rappresentanza di un protettore.[138] E infine la mancanza degli abitanti delle città nelle suddivisioni per ceti delle raccolte legislative viene interpretata nel senso che la comunità del popolo cittadino ha bensì costituito speciali diritti, ma non un ceto.[139]

Proprio questa affermazione è particolarmente illuminante; infatti che lo ‹status› di cittadino, che la vita sotto il diritto della città e nel concreto ambito giuridico di questa, fondassero un vero e proprio ceto ordinato secondo altre relazioni di libertà e non-libertà, si può capire solo partendo da un concetto di ceto di natura signorile-politica.[140] In base invece al concetto social-cetuale, che deriva dall'unitaria società statale e dalla separazione dell'elemento sociale da quello politico, devono esistere ‹liberi› di pieno diritto e ‹semiliberi› tanto nella città come nella campagna.

D'altra parte si trovano, accanto a questa, anche altre osservazioni nelle quali è riconosciuto il carattere signorile-politico dei ceti. Così Eichhorn parla, per i territori di recente acquisizione, anche della classificazione dei proprietari « da un punto di vista pubblicistico » e comprende perciò — nel senso della stratificazione interna della signoria territoriale[141] — fra i proprietari terrieri i ceti signorili di diritto proprio del territorio (prelati, ceto dei signori e dei cavalieri, ceto borghese) e fra i ‹soggetti ad avvocazia› e i ‹valvassori› tanto i sottoposti a questi ceti signorili, quanto coloro che sono direttamente legati al signore territoriale.[142]

Ma anche ciò resta senza seguito, come si può ben capire, dal momento che si tratta di fenomeni ‹pubblicistici›, mentre il fenomeno dei ceti appartiene al diritto privato (allo ‹stato delle persone›).

Il pensiero derivante dal modello social-cetuale ha la sua premessa inconfessata nella concezione di una realtà ordinata secondo Stato e Società. Perciò per Eichhorn elementi strutturali specifici dell'ordinamento medievale — che

137. EICHHORN: II 586-587. Analogamente la capacità a divenire cavalieri appare come il ‹diritto› dei ‹semi-liberi›. Una critica serrata a questa derivazione social-cetuale dei signori territoriali, comprensibile solo sulla base del quadro cetuale presupposto è già stata portata, da una posizione costituzionalistica ed antifeudale, alla voce *Adel*, in *Staatslexikon* I (Erste Auflage) 297, e, nel presente testo, al Capitolo 4 II 2.

138. EICHHORN: II 596.

139. EICHHORN: II 593, nota a.

140. In questo senso già — in modo convincente sia per il metodo che per i fatti — H. STRAHM *Stadtluft macht frei* cit., 105-121. Questa considerazione strutturale non viene inficiata neppure dalle critiche che H. GRUNDMANN *Freiheit als religiöses, politisches und persönliches Postulat im Mittelalter*, in « *HZ* » 183 (1957) 32-33 (nota 1 a pagina 32), muove a Strahm.

141. Su ciò O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., Parte V, sopra tutto 463-473.

142. EICHHORN: II 497.

si spiegano in base al carattere non-statuale di questo —: come l'estesa costruzione giuridica autonoma, il diritto d'unione (con la libertà d'alleanza ad esso collegata), l'idoneità a portare le armi (con il collegato diritto di guerra e di faida), la libertà di ‹scabinato› ed il diritto di giudicatura, diventano altrettanti contenuti della ‹libertà›, concepita in astratto, del ceto dei ‹liberi per nascita›.[143] Essi vengono inseriti a forza nello Stato presupposto e vengono dichiarati ‹diritti› del ceto dei ‹liberi›, all'interno dello Stato e in contrapposizione a questo. In tal modo è già pronto tutto il materiale per l'appello dei Germanisti alla ‹libertà tedesca›, come principio di formazione dello Stato costituzionale nazionale.[144]

In maniera del tutto diversa si presenta la trattazione che Eichhorn fa del tardo Medioevo e del periodo dello Stato per ceti già attestato. Qui egli descrive, senza rifarsi per nulla a modelli d'indagine precostituiti, i reali movimenti che si verificano: la costruzione di ceti unitari, definiti sul piano sociale e professionale, sopra tutto la concentrazione della Nobiltà in un ceto chiuso, fondato sulla nascita, il sorgere di una classificazione unitaria del ceto contadino ecc.[145] Ciò può a prima vista stupire, ma è invece del tutto comprensibile, dal momento che ora si tratta della storia delle origini del mondo proprio di Eichhorn, dello Stato territoriale per ceti e dei suoi ordinamenti. Il modello costituzionale social-cetuale, che sta alla base delle problematiche e delle interpretazioni di Eichhorn è qui al suo giusto posto; ma appunto per questo Eichhorn non arriva a comprendere che solo qui si realizzarono, secondo la loro struttura, quei concetti e quelle distinzioni che egli usa come strumenti di spiegazione e di classificazione per tutte le specie di formazioni statali.

5. Un altro esempio dell'influenza decisiva del quadro costituzionale e statale presupposto sull'interpretazione dei fenomeni storico-costistuzionali è dato dall'‹avvocazia›. Otto Brunner ha dimostrato, in contrasto con l'alterna-

143. Cfr. EICHHORN: II 623-630. L'« autonomia » viene intesa come la facoltà di comportarsi secondo norme di diritto, « le quali sono sorte dalla volontà propria o comunque con la propria collaborazione » (pagina 623). Per la relazione con la situazione costituzionale dello Stato per ceti cfr. J. S. PÜTTER *Institutiones* cit., § 217.

144. Cfr. al Capitolo 4.

145. Cfr. EICHHORN: III 395-410; IV 371 ss. Una considerazione molto illuminante ed oggi ancora originale, in contrasto con la successiva letteratura storico-giuridica, è resa possibile dalla trattazione sulla formazione del ceto contadino il cui concetto, in corrispondenza al progressivo oscuramento e trasmutamento dei sopravvenuti rapporti tradizionali di ‹avvocazia›, di difesa e di dipendenza diviene una sintesi negativa di tutti coloro che non sono cavalieri per nascita o non si trovano nel possesso di privilegi cittadini (EICHHORN: III 406-410). Il successivo ‹dilemma› del ceto contadino è visto da Eichhorn come una conseguenza della Recezione, poichè ai giuristi romanisti mancavano i concetti necessari alla comprensione delle sopravvenute relazioni giuridiche, che perciò furono da quelli introdotte a forza entro lo schema proprietà-enfiteusi: EICHHORN: IV 375 ss.

tiva signoria statale-signoria privata — sorta nel pensiero costituzionale statale del XIX secolo —, il carattere signorile-politico di ogni ‹avvocazia›, come anche lo stretto legame di ‹casa›, ‹signoria› e ‹avvocazia›, ed ha mostrato che concreti ordinamenti signorili di questo genere sono un elemento costitutivo necessario di un ordinamento che non conosce nè la generale unione di pace, nè la società unitaria di privati cittadini, ma bensì la signoria nobiliare, il « giusto potere », la faida e l'ostilità.[146] In un simile ordinamento, ognuno doveva o essere egli stesso ‹signore› — e quindi potersi difendere —, oppure essere soggetto all'‹avvocazia› di un signore, essere cioè in una concreta relazione signorile di difesa, nella quale trovare « protezione e difesa » e in cambio portare consiglio ed aiuto.[147] L'‹avvocazia› è espressione di signoria diretta e di potere di difesa sul territorio e sulla popolazione; in ciò risiede l'elemento comune delle sue diverse manifestazioni. Anche la ‹avvocazia› regia o imperiale appartiene a questo contesto: essa sussiste sulle terre immediatamente regie, dove il Re non è solo Re (garante del diritto e della pace), ma anche ‹signore›: signore terriero, di città o di monastero.[148]

È proprio questo punto di contatto che va perduto in Eichhorn. Egli conosce da una parte la ‹avvocazia› come rapporto speciale, sostanzialmente privato, di difesa e di rappresentanza nei confronti del dovere di ‹eribanno› e del Tribunale pubblico: essa si struttura come una particolare relazione signorile, e in tal modo sminuisce la « libertà » comune e la « libera proprietà » e fonda uno ‹status› di soggezione: il Signore protettore rappresenta nella ‹Società civile› i suoi soggetti ad ‹avvocazia›, « in relazione a determinati rapporti giuridici », esercita l'azione e la protezione giuridica e realizza l'obbligo di ‹eribanno› con gente propria.[149] Dall'altra parte si trova invece la « avvocazia regia », intesa come ufficio statale, emanazione dell'autorità signorile statale del Re, per lo più originata da continue « esenzioni » delle signorie regie dal potere — ereditario e in corso di diventare feudale — dei Conti;[150] qui l'‹avvocato› è ‹ufficiale› in senso stretto, non titolare per diritto proprio del potere d'ufficio, come invece erano ormai divenuti i Conti.[151]

Questa rappresentazione è perfettamente conseguente ad un quadro statale e costituzionale secondo il quale, fino al tardo Medioevo, « non vi era alcun

146. O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., Parte IV, sopra tutto 356-360, 388 ss, 394 ss.

147. Brunner *Ibid.* 366 ss, 375-381.

148. Questa duplice struttura è ancora riconoscibile per le città imperiali del XV e XVI secolo: cfr. H. Gollwitzer *Capitaneus imperatorio nomine. Reichshauptleute in Städten und reichsstädtische Schicksale im Zeitalter Maximilians I.*, in *Reichstagsakten des 15. und 16. Jahrhunderts. Festgabe für die Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften* (Göttingen 1958) sopra tutto 252-262.

149. Eichhorn: I 808 ss; II 428-429, 596 ss, 627 ed altrove.

150. Eichhorn: II 116-117.

151. Eichhorn: II 117-118.

altro potere pubblico in Germania oltre allo stesso potere regio ».[152] Se si procede in questo modo, partendo dalla comunità statale unitaria e dal generale ceto dei ‹liberi›, da una parte l'‹avvocazia› regia appare essere l'emanazione del potere statale del Re — cioè un ufficio limitato ad un settore particolare, com'erano originariamente anche gli altri uffici —, dall'altra parte le ‹avvocazie› del signore territoriale o ecclesiastiche appaiono propriamente solo come ‹rappresentanza› nell'ambito dell'ordinamento giudiziario e militare generale. Come si vede, se non si vuol trascurare il loro carattere signorile, si deve necessariamente trattare di una speciale signoria — e reciprocamente di una dipendenza — ‹privata›, che spodesta gradualmente la ‹gente comune›, privandola della ‹libertà generale›. La struttura e la stratificazione di differenti sfere di signoria, caratteristiche dell'ordinamento medievale, non può essere colta, partendo dallo schema Stato-Società.

6. Seguiamo ancora la formazione della sovranità territoriale e la nascita della costituzione territoriale per ceti. La dottrina dominante dalla fine del XIX secolo tentò di descrivere questo processo di successive stratificazioni usando solo le categorie di potere statale e di territorio statale. Secondo tale dottrina, questo processo si compì in modo che il complesso delle regalie o dei diritti sovrani — che il futuro signore territoriale raggruppava nei più diversi modi nelle sue mani — si trasformò, completandosi, nella chiusa sovranità territoriale, e in modo che questo nuovo potere statale, formatosi a spese dell'Impero, si estese unitariamente sull'intero ‹distretto› del signore territoriale — il suo territorio — rendendo gli abitanti in questo non più sudditi dell'Impero, ma del territorio stesso.[153] In contrapposizione a ciò, si trovano in Eichhorn sorprendenti vedute sulla stratificazione interna e sulle diverse sfere di signoria, vedute che sono poi state riprese e svolte dalla dottrina successiva e che solo con Otto Brunner hanno trovato di nuovo una smentita.[154] Salve le debite eccezioni tuttavia, il pensiero di Eichhorn si sviluppa sulle orme del modello statale e costituzionale presupposto solo riguardo al ‹lato esterno› del processo, cioè riguardo al rapporto della sovranità territoriale con il potere imperiale, pensato in termini statuali, e riguardo all'indipendenza della prima nei confronti del secondo.[155] Quanto al ‹lato interno› Eichhorn si mantiene

152. Eichhorn: III 176.

153. Su ciò, in modo critico, e sviluppando le implicazioni di questa teoria: O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., 189-206; inoltre K. S. Bader *Volk, Stamm, Territorium* cit., 265-269; H. Conrad *Deutsche Rechtsgeschichte* cit., 428 ss, si mantiene ancora aderente, pur con qualche modifica, all'antica teoria.

154. Cfr. O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., Parti III e V, sopra tutto 411-413, 473 ss.

155. Eichhorn considera questo processo — sulla base del suo quadro ‹statuale› dell'Impero carolingio — come superamento e pluralizzazione della monarchia carolingia. La gestione, ancora ben solida, dei diritti statali di sovranità si allarga, attraverso la crescente autonomia dei

completamente nell'ambito della sua tradizione originaria: ciò assicura una costante considerazione per la realtà concreta e preserva dall'uso di modelli di struttura predeterminati.

Così gli appare come elemento fondamentale della signoria territoriale non già l'insieme dei diritti sovrani riuniti in una sola mano, bensì un complesso di diversi poteri d'ufficio e sfere di signoria: concessione di diritti d'ufficio (Ducato, Contea, ‹avvocazia› regia), attribuzioni feudali e potere signorile, basato sul possesso di terra o sulla ‹avvocazia›, coesistono tra loro e frammisti gli uni agli altri.[156] Il punto di partenza per la formazione della sovranità territoriale e per la costituzione di un territorio è dato dal potere giurisdizionale e di eribanno ‹ducale› (o alto-comitale),[157] più tardi anche dai tribunali territoriali imperiali sorti dalle ‹avvocazie› imperiali.

Nella misura in cui si arrivava ad acquistare, a mantenere o semplicemente a rendere efficienti questi poteri d'ufficio sopra il proprio o altrui potere di ‹avvocazia›, di proprietà terriera o feudale, veniva posto il fondamento per la costituzione della sovranità territoriale e della signoria.

In tal modo, da una parte viene descritto, nei fatti, il poliformismo e l'apparente casualità della formazione dei territori, ma dall'altra si mostra un principio costruttivo posto a fondamento dell'intero fenomeno e vien preservata la continuità verso le successive forme dell'ordinamento. Eichhorn vede sempre realizzarsi, sotto specificazioni diverse, il medesimo processo di fondo: compravendita, matrimonio, eredità o altre forme d'acquisto permettono il formarsi di grandi complessi di privilegi, di possessi feudali e di uffici, pei quali si tenta di rendere efficaci o di estendere in modo unitario diritti ducali (o alto-comitali).[158] Veniva in tal modo concesso spazio alle differenti molteplici co-

« titolari d'ufficio », in larga misura ai più potenti fra questi; il problema della formazione del territorio e dell'intensificazione della signoria — giustamente posto a fondamento da K. S. Bader *Volk, Stamm, Territorium* cit., 270 ss — non interviene per nulla. Il sistema feudale crea dalla costituzione d'ufficio carolingia un cosmo di diritti signorili feudali e, attraverso questa « suddivisione » del potere pubblico, le « primitive » dipendenze sociali si uniscono con quelle signorilpolitiche, ragione per cui la nazione ora si dissolve in una successione politica dei « membri dello Stato » sulla base dei ceti per nascita. Cfr. Eichhorn: II 351 ss, 363-364.

156. Eichhorn: II 428-429.

157. Eichhorn: III 346 (nota d alla pagina 345): « la giurisdizione con l'eribanno ad essa connesso era la fonte propria della sovranità territoriale »; inoltre Eichhorn: III 178-179 (tribunali territoriali). Sulla posizione attuale della ricerca riguardo al significato del Ducato per l'origine della sovranità territoriale, cfr. T. Mayer *Die Ausbildung der Grundlagen des modernen deutschen Staates im hohen Mittelalter*, in « *HZ* » 159 (1939), ma citato secondo la ristampa in (plures) *Herrschaft und Staat im Mittelalter* cit., 304 ss, e le osservazioni contenute in K. S. Bader *Volk, Stamm, Territorium* cit., 275-276.

158. Questa spiegazione nel complesso appare più vicina alla realtà di quella di Schlesinger, che riconduce la sovranità solo ad una attestata signoria nobiliare e trascura completamente di considerare i poteri di ufficio: cfr. W. Schlesinger *Herrschaft und Gefolgschaft* cit., 186-188. Per Schlesinger perciò divengono « Signori territoriali » anche i Cavalieri dell'Impero, ciò che in

struzioni, sopra tutto dove l'antico Ducato si era estinto e non era stato sostituito da Principati compiuti (Svevia, Franconia, Sassonia settentrionale).[159] Signori, Conti e città furono qui in grado di acquistare signoria giurisdizionale e sovranità, nello stesso modo come in altri luoghi dovettero invece ridursi in subordinazione e dipendenza.

Eichhorn descrive molto esattamente la struttura interna della signoria territoriale che si viene costruendo nel modo sopra descritto. Dapprima vi sono « classi » molto differenti di « insediati sul territorio », che si contrappongono al Signore territoriale; ognuna di esse è legata a quest'ultimo solo in base al concreto rapporto di signoria o d'ufficio, nel quale si trova.[160] A ciò corrispondono le diverse specie di tribunali, per la cui descrizione Eichhorn in un primo tempo si fonda ancora completamente sul modello statale, procedendo a descrivere tribunali ‹ordinari› del signore territoriale e tribunali signorili speciali ‹esenti› dai primi. Ma, all'interno di quest'ambito, egli riconduce in seguito tanto i singoli tribunali del Signore territoriale (antico Tribunale comitale o territoriale, Tribunale centenario dei soggetti a tutela e ad ‹avvocazia›, Tribunale del signore cittadino, Tribunale feudale), quanto i tribunali ‹esenti› dei signori di ‹avvocazia› e dei Cavalieri al loro proprio principio costitutivo, fondato su concreti rapporti di signoria.[161] In che misura egli comprenda, a questo proposito, le concrete condizioni reali, è mostrato dalla sua affermazione secondo cui nei piccoli territori, dove la signoria stessa si è trasformata in autorità comitale, e proprio per questa ragione, non esiste alcun altro tribunale (come tribunale cittadino e di ufficio), poichè colà non è rimasto alcun suddito oltre ai soggetti ad ‹avvocazia›.[162]

Il successivo formarsi della sovranità territoriale è guidato, secondo Eichhorn, dalla tendenza ad attirare gli ‹insediati› nella diretta sfera di signoria del signore territoriale, cioè a porli sullo stesso piano della gente soggetta a lui e alla sua ‹avvocazia›, come nucleo dei proprietari terrieri.[163] In questo contesto concreto egli situa anche la Bolla d'Oro, i cui privilegi giudiziari resero

realtà non è mai avvenuto. Essi rimasero bensì ‹liberi› da poteri estranei derivanti da ufficio o da giurisdizione superiore, ma essi stessi ebbero soltanto « diritti signorili », non ottennero alcun potere d'ufficio superiore e non poterono perciò giungere alla signoria territoriale; cfr. anche T. MAYER *Analekten zum Problem der Entstehung der Landeshoheit, vornehmlich in Süddeutschland*, in « *Blätter für deutsche Landesgeschichte* » (1952), citato secondo la ristampa come Supplemento I a *Die Ausbildung der Grundlagen* cit., 319-325.

159. Cfr. su ciò le affermazioni in EICHHORN: III 60-61, 72; anche II 435-436.

160. EICHHORN: III 236-238; sullo stesso problema O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 463 ss.

161. Cfr. EICHHORN: II 445-458 per i tribunali dei signori territoriali, 459 ss per i tribunali privilegiati. La fonte fondamentale è costituita principalmente dal ‹*Landbuch der Mark Brandenburg*› del XIV secolo.

162. EICHHORN: II 460-461.

163. EICHHORN: III 236-238.

possibile ai Principi Elettori di sottoporre ai propri tribunali e alle proprie imposte tutti coloro che fino allora lo erano solo « in qualche modo », per lo più in relazione al dovere di ‹eribanno› o ad una ‹avvocazia› imperiale, mentre per il resto erano ‹liberi›.[164] In questo modo Eichhorn trova anche una spiegazione, concreta sul piano storico e compiuta sul piano strutturale, per la formazione e l'assestamento in senso corporativo dei ceti. Ciò che li tiene uniti è l'osservanza dei loro autonomi diritti signorili, in contrapposizione ai tentativi del Signore territoriale di ampliare la sua angusta sfera di signoria e di trasformare in diretti sudditi territoriali strati sempre più ampi di residenti nel territorio. Le loro alleanze non sorgono perciò, nè secondo un piano preordinato, nè sempre con le stesse forme, ma piuttosto da pretesti contingenti e fra partecipanti molto diversi fra loro; la difesa dei diritti tradizionali e la tutela della libertà dalle imposte ⟨Beden⟩ è il loro scopo più immediato.[165]

Eichhorn nega decisamente l'esistenza di un diritto d'approvazione per conto di altri e il carattere rappresentativo dei ceti. Ciascuno poteva approvare soltanto per sè, e l'interpretazione dei ceti come rappresentanti territoriali non fondava ancora alcuna rappresentanza in senso proprio, ma semplicemente attribuiva alle loro deliberazioni un elevato valore probatorio, nel senso che si trattava realmente di un caso d'interesse generale per il paese, che perciò riguardava tutti.[166] In base al principio storico-concreto della formazione dei ceti, che Eichhorn impiega in contrapposizione al moderno pensiero statale e alla concezione costituzional-liberale dei ceti — che appare sopra tutto più tardi in Gierke e Below[167] — Eichhorn mantiene fermo il processo formativo storico. In ugual modo egli oppone un rifiuto al ‹dualismo› della costituzione territoriale per ceti, che è in ogni caso una proiezione ‹costituzionalistica›: secondo lui questa costituzione raggiunge il suo compimento effettivo proprio nell'azione collegata del Signore territoriale e dei ceti. Poichè all'« autonomia comunitaria » del Signore e dei ceti non era posto alcun confine, da essa potevano scaturire legiferazioni, ordinanze territoriali e così via, utili al perfezionamento dell'ordinamento territoriale. Ciò d'altra parte provocava inevitabilmente anche un aumento di potere del Signore territoriale.[168]

In altri luoghi della sua opera, comunque, riappare in primo piano il modello statale-socialcetuale. Per spiegare l'ulteriore sviluppo dei diritti dei ceti, per esempio, Eichhorn appoggia la tesi secondo la quale il Signore territoriale,

164. EICHHORN: III 44-46.

165. EICHHORN: III 238-245. Anche il sorgere dei movimenti di unione delle città e dei cavalieri è ricondotta da Eichhorn sostanzialmente alla volontà di conservare i propri diritti e libertà contro gli interventi egemonici del signore territoriale.

166. EICHHORN: III 254-256, 260 ss.

167. Cfr. al Capitolo 3, Sezione 4 III 4 (pagine 204-206) e al Capitolo 4 III (pagina 241).

168. Cfr. EICHHORN: III 275-277. Analogamente anche per la costituzione imperiale: EICHHORN: III 333-337.

in ogni tempo, avrebbe potuto attirare nell'ambito dell'ordinamento territoriale «classi non ancora formate»: egli sopra tutto ribadisce il principio che in ogni tempo sarebbe stata possibile la rappresentanza del «ceto contadino», solo che il Signore vi avesse avuto interesse.[169] Qui, di nuovo, l'unitaria comunità statale viene assunta a modello, il principio costruttivo signorile-politico viene abbandonato e i ceti del territorio vengono spiegati come corporazioni privilegiate.

IV.

Ritorniamo ora al nostro problema di partenza. Le diverse indagini compiute hanno mostrato che anche il pensiero storico che caratterizza Eichhorn, la sua lontananza da qualsiasi influsso romantico e da ogni programmatica nazional-storica, non lo ha preservato dal rimanere vincolato alle problematiche, alle linee interpretative, ai quadri di struttura, esistenti ai suoi tempi nel campo dell'osservazione storica. Proprio per il fatto che egli si trova ancora nell'ambito dell'ininterrotta continuità del tardo Stato per ceti, l'ordinamento costituzionale proprio di quest'ultimo diventa il modello nel quale si coordinano tutti i processi storici. È così inevitabile, anche per Eichhorn, lo sbocco nella situazione tipica, caratteristica anche di Montag e Hüllmann: accanto alla molteplicità della visione storica che è presente nella sua opera e che la rende ancor oggi attuale, la comprensione e l'interpretazione delle istituzioni e delle idee portanti viene sempre dedotta da un quadro costituzionale che è orientato verso la forma tarda dell'ordinamento statuale per ceti nell'Impero e nei territori e che perciò presuppone un ordinamento statale ‹di pace›, la contrapposizione di Stato e Società e la concezione social-cetuale dei ceti. In base a questo quadro vengono, in modo più o meno palese, interrogate le fonti, interpretati i concetti in esse racchiusi, colmate le lacune della ricostruzione tentata. Ma in ciò trova contemporaneamente una verifica anche la continuità storica, nella quale ancora si trovava questa prima generazione di studiosi, e il suo pensiero avverso ad ogni tendenza cosciente e ad ogni spiegazione programmatica della storia.

Quando però si tratta delle origini del vero e proprio sistema di vita e di ordinamento e quando la descrizione può ancora in qualche modo essere fatta sulla base di quella concezione o di una tarda espressione di essa, si fa strada il senso storico-concreto, si attesta la reale coesistenza della forma di ordinamento storico-concreta accanto, e talora anche in contrapposizione, all'astratto modello, per il resto presupposto. Le linee strutturali di un ordinamento non-

169. EICHHORN: III 262-264. Anche la comparsa delle città imperiali alla Dieta viene attribuita semplicemente all'«interesse dell'Imperatore»; EICHHORN: III 330.

statuale fondato da una parte su signoria-ufficio e diritto proprio, dall'altra su libertà concrete, appaiono qui evidenti in un modo che non è stato più raggiunto, neppure da lontano, dalle generazioni successive, anche perchè in conclusione non poteva più essere compreso.[170]

Ciò dipende ancora una volta dalla forma di ordinamento dello Stato per ceti — dal quale questa generazione ‹pre-costituzionalistica› di studiosi deduce il proprio quadro statale e costituzionale e dal quale prendono vigore le sue problematiche: esso infatti aveva certamente mantenuto in sè la molteplicità e la struttura stratificata dell'antico ordinamento per ceti, benchè già mutata ed allargata in misura sempre maggiore attraverso la nuova struttura del rapporto Stato-Società. In tal modo veniva mantenuto il contatto con queste antiche forme di ordinamento e con il loro principio costitutivo: esse appartenevano ancora in qualche modo alla realtà nella quale si viveva, mentre per la generazione successiva questa continuità veniva interrotta dalla strutturazione dell'ordinamento statale sulla base del moderno pensiero statale.

170. Cfr. su ciò quanto sarà detto per Georg von Below al Capitolo 4 III 2. In Gierke sono ancora presenti resti di questa concezione, che però possono essere portati ad effetto solo all'interno del quadro signoria-comunità, la quale a sua volta è orientata in senso civile-statale: cfr. al Capitolo 3, Sezione 4 III 4.

CAPITOLO TERZO

La ricerca storico-costituzionale all'insegna del movimento nazionale e del liberalismo ‹organico›.

Sezione I.

Rapporto con la storia e pensiero politico dei Germanisti.

Per la generazione di studiosi successiva ad Eichhorn, la quale continuò a lavorare sui risultati di fondo da lui raggiunti, anche se per arrivare, alla fine, ad un quadro molto mutato della storia costituzionale tedesca, il problema del condizionamento temporale della ricerca storica si pone in termini completamente nuovi. I rappresentanti tipici della ricerca storico-costituzionale furono i Germanisti; sotto questa denominazione confluirono studiosi della lingua, giuristi e storici mossi dal comune interesse politico e scientifico per le cose tedesche.[1] Essi presero parte al movimento nazionale e costituzional-liberale dell'epoca del ‹Vormärz›, entrarono in gran numero nel Parlamento della Paulskirche e perseguirono lo scopo di plasmare e di rinnovare le condizioni politiche, basandosi sullo spirito della Nazione e sulla sua storia.[2] Il risveglio dello spirito nazionale, che era stato sollecitato dall'esperien-

1. Il nome ha avuto origine, all'interno della ‹Scuola storica del diritto›, per indicare l'orientamento che — a differenza dei Romanisti — si occupava prevalentemente delle ricerche di storia del diritto tedesco; cfr. per questi inizi O. Gierke *Die historische Rechtsschule und die Germanisten* (Berlin 1903) 5-10. Presto tuttavia confluirono in esso tutti coloro che si occupavano prevalentemente della ricerca intorno alle prerogative nazionali, cfr. A. L. Reyscher *Aufruf zur ersten Germanistenversammlung*, in « *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* » 10 (1846) 183. Negli anni 1846 e 1847 ebbero luogo a Lubecca e Francoforte le due grandi assemblee dei Germanisti, di cui furono pubblicati gli Atti. Nel corso del Capitolo occorrerà ancora parlare di ciò.

2. Non a torto Otto Gierke, che fu l'ultimo seguace dei Germanisti, dice a questo proposito che il Parlamento della Paulskirche fu in certo modo la prosecuzione organica delle due assemblee dei Germanisti del 1846 e 1847: O. Gierke *Die historische Rechtsschule* cit., 24-25. Mem-

za della dominazione straniera, dal declino degli antichi ordinamenti e dal continuo processo di emancipazione dell'individuo e dei popoli, diede alla ricerca storica un nuovo fondamento e un nuovo scopo. Lo studio della storia non era più affare di pochi storiografi di corte e di studiosi di professione, ma riguardava ormai l'intera Nazione: quest'ultima, risvegliata, cercava di riconoscere nella sua storia la sua propria essenza e di trovare, dopo la caduta degli antichi, i propri adeguati ordinamenti di vita.[3] Gli studi storici divennero « studi della madre-patria », un compito patriottico, che la Nazione doveva condurre per raggiungere la piena coscienza di sè stessa:[4] la storia assunse in tal modo un significato nazional-politico, nell'ambito delle principali questioni politiche del tempo. Essa divenne un'arma tanto contro le teorie giusrazionalistiche e contro il contratto statale e la sovranità popolare, quanto anche contro l'assolutismo che trovava la propria legittimazione nello ‹straniero› diritto romano e contro la teoria della restaurazione romantica. Ciò doveva portare, in contrasto con la precedente generazione di studiosi — ancora radicata nel XVIII secolo — di Möser, Hüllmann ed Eichhorn, ad un diverso rapporto con la storia e ad un approccio della ricerca storica orientato in senso diverso. Il pensiero storico non sta più dunque a sè, ma si collega al pensiero nazionale e ne diventa funzione.

I.

1. Il pensiero nazionale si legò in Germania, diversamente che in Francia e nell'Europa occidentale, non allo Stato come unità politica, ma al popolo, alla lingua e alla cultura.[5] Il concetto nazionale tedesco — e quello dell'Europa orientale che si formò su questo — è di carattere etnico-culturale, non politico

bri del Parlamento della Paulskirche furono fra gli altri Albrecht, Georg Beseler, Dahlmann, Jakob e Wilhelm Grimm, Michelsen, Mittermaier, Reyscher, Waitz e Welcker.

3. Su ciò F. SCHNABEL *Der Ursprung der vaterländischen Studien*, in « *Blätter für deutsche Landesgeschichte* » (ns) 88 (1951) 7-8 (dell'estratto).

4. In modo programmatico in J. G. FICHTE *Reden an die deutsche Nation*. Ausgabe Riehl (Jena 1929) Discorsi 7 e 8; inoltre nelle lezioni di H. LUDEN *Worte über das Studium der vaterländischen Geschichte*. Neuausgabe (Darmstadt 1955) sopra tutto la Lezione II, 30 ss. Cfr. anche F. SCHNABEL *Der Ursprung* cit., 8-9.

5. Cfr. E. LEMBERG *Geschichte des Nationalismus in Europa* (Stuttgart 1950) 144-152, 165-170. L'intero problema del Nazionalismo ha qui trovato una trattazione esauriente e decisamente più avanzata della ricerca precedente. Accanto a quest'opera resta importante H. O. ZIEGLER *Die moderne Nation* (Tübingen 1931), che tuttavia procede prevalentemente dalla problematica della sociologia politica. In K. VOSSLER *Der Nationalgedanke von Rousseau bis Ranke* (München 1936) non compare particolarmente la differenza fra il pensiero nazionale francese e quello tedesco: cfr. alle pagine 5-21. Una breve sintesi è offerta da E. FORSTHOFF *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., 99-101.

come quello francese. Mentre la Nazione francese trovava il suo fondamento nella comune confessione politica, nella volontà generale di vivere dentro e sotto un ordinamento statale-politico unitario,[6] il pensiero nazionale tedesco riposava sulla ‹naturale› appartenenza comune, di natura popolare, il cui segno di riconoscimento era la lingua comune.[7] « Un popolo è un insieme di uomini che parlano la stessa lingua » ha affermato testualmente Jakob Grimm, tra l'approvazione generale, in apertura alla prima Assemblea dei Germanisti nel 1846.[8] L'appartenenza alla Nazione non si fonda su una libera decisione della volontà, ma è un destino stabilito dalla natura e dalla storia. Questa contrapposizione fra il pensiero nazionale francese e tedesco trova la propria spiegazione nella differenza fra Nazioni dotate o no di Stato.[9] Dove lo Stato si era attestato prima della Nazione ed anzi aveva contribuito a formarla, la Nazione si costruì sopra lo Stato, gli uomini, che uscivano da vincoli universalistici e da ordinamenti comunitari, trovarono nello Stato uno stimolo ed una forza unificatrice; dove invece la Nazione si formò prima dello Stato e si dovette procurare il suo proprio Stato, furono i dati ‹naturali› della lingua, dell'origine e della storia vissuta ad offrire il fondamento dell'appartenenza e della coscienza comune.[10] Le Nazioni non dotate di Stato hanno sempre iniziato la loro vita autonoma come movimenti linguistici, hanno delimitato la loro lingua nei confronti di quella dei popoli vicini e l'hanno elevata a lingua letteraria, hanno sviluppato

6. In questo senso è rappresentativo E. J. SIEYÈS *Qu'est-ce-que le Tiers Etat?* (Paris 1789) Capitolo I nota E, Edizione Brandt: 40; inoltre E. RENAN *Qu'est-ce-que une Nation?* (Paris 1882) sopra tutto 27. Vi si legge: « L'existence d'une nation est une plébiscite de tous les jours, comme l'existence de l'individu est une affirmation perpétuelle de la vie ». Cfr. ancora H. O. ZIEGLER *Die moderne Nation* cit., 218 ss, e E. R. HUBER *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., I 10 ss.

7. Cfr. E. LEMBERG *Geschichte des Nationalismus* cit., 207-209; H. O. ZIEGLER *Die moderne Nation* cit., 212 ss.

8. *Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt a. M. am 24. 25. und 26. September 1846* (Frankfurt/Main 1847) 11. Analogamente G. WAITZ *Grundzüge der Politik nebst einzelnen Ausführungen* (Kiel 1862) 6.

9. L'autore aderisce qui alla descrizione di Franz Schnabel che è esaurientemente svolta nel volume V (non ancora pubblicato ma di cui l'autore ha potuto disporre) della *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, che tratta della storia del movimento nazionale: da essa dipende in più luoghi la trattazione del problema in questione. Per alcuni cenni cfr. anche F. SCHNABEL *Der Ursprung* cit., 6 e 8.

10. E. LEMBERG *Geschichte des Nationalismus* cit., 16-20, riconduce questa, come per lo più tutte le differenti forme di manifestazione del nazionalismo, ad una fonte comune, che egli individua in un'esigenza elementare dell'uomo all'autogiustificazione e all'autoelevazione attraverso l'appartenenza ad una comunità, amata e sentita come tale, di uomini, che si può realizzare nella forma di una comunità religioso-universale, politica e linguistico-culturale. Se egli semplicemente intende che in confronto a questo fondamento comune siano secondarie le diverse specie di nazionalismo, ciò può essere vero per la spiegazione antropologico-social-psicologica e per la comprensione storica nel suo complesso, ma non compensa le significative differenze dei singoli movimenti nazionali storico-concreti, in base alla loro origine e ai loro scopi.

una propria vita culturale, per giungere poi alla coscienza storica nazionale e all'autonomia politica.[11]

Così il pensiero nazionale tedesco era legato, nella sua più intima essenza, alla storia e al pensiero storico. Se lingua, nazionalità e origine storica costituiscono l'essenza della Nazione, allora la storia è la fonte principale per la conoscenza della Nazione e delle sue peculiarità.[12] Il pensiero evolutivo organico di Herder, la sua scoperta delle individualità nazionali e dello spirito nazionale e della loro formazione storica, produssero qui effetti storico-politici: infatti essi costituirono il tronco sul quale il pensiero nazionale tedesco potè principalmente svilupparsi.[13] Ogni popolo ha la sua storia, nella storia si realizza la « sua natura » e dalla sua storia si può dedurre lo scopo per l'ordinamento del suo presente: lo Stato nazionale, come suprema formazione della personalità nazionale, sorge da sè come conseguenza ed applicazione politica di questa teoria.[14] Sostanzialmente si tratta anche qui, analogamente alla trattazione di comunità e Stato di Möser, di una teoria naturale organica del popolo: la teoria dello sviluppo, del divenire e dell'autoformazione si è trasfusa nel concetto di popolo, inteso come parte costitutiva della Natura; alla storia si fa ricorso solo come ad uno strumento di spiegazione e di conoscenza. Questa interpretazione si rifà ad un seme che già contiene in sè embrionalmente tutta la sostanza (la quale poi sarà realizzata nella storia che costituisce il suo processo di crescita), in base al principio vitale in esso immanente. Non è l'elemento storico ad essere propriamente decisivo, bensì l'elemento nazionale; la storia diviene funzione di quest'ultimo.[15]

11. Cfr. E. LEMBERG *Geschichte des Nationalismus* 152-154, 193, che considera questo un processo generale che si è compiuto non solo in Germania dalla fine del XVIII secolo, ma in ugual maniera già in Italia ed in Spagna al tempo dell'Umanesimo, in Francia al tempo del Barocco. Insiste maggiormente sulla peculiarità del movimento nazionale tedesco Franz Schnabel, sopra tutto nel volume V della *Deutsche Geschichte* già citata (cfr. sopra alla nota 9), e per cenni in *Der Ursprung* cit., 6.

12. Cfr. H. LUDEN *Ueber das Studium* cit., 18: « Ma questo elemento peculiare di un popolo, come si è manifestato nella vita di esso nel corso del tempo,... costituisce la storia di questo popolo ».

13. Sul concetto di popolo di Herder cfr. F. SCHNABEL *Deutsche Geschichte* cit., I 187 ss; M. JOLLES *Das deutsche Nationalbewusstsein im Zeitalter Napoleons* (Frankfurt 1936) 145-151; E. LEMBERG *Geschichte des Nationalismus* cit., 192 ss.

14. Cfr. G. WAITZ *Grundzüge der Politik* cit.: « L'unione naturale di un popolo (della nazione, della nazionalità, come anche si dice) raggiunge il suo compimento, quando diventa statale » (pagina 7); « Lo Stato nazionale è, oltre al compimento della vita nazionale, anche il più alto sviluppo dello Stato » (pagina 8).

15. La tesi di Forsthoff (*Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., 100-101), secondo la quale la lingua come fondamento della coscienza nazionale tedesca e la scoperta della storicità vanno di pari passo, è valida solo per J. G. Hamann, dal quale Forsthoff prende le mosse, ma non per Herder e per il Romanticismo tedesco, per i quali le ‹teorie› storiche agiscono come surrogato della storicità in senso stretto.

Proprio ciò è caratteristico del tipo nuovo di relazione con la storia che si è ora instaurato. Il movimento nazionale ha di mira lo Stato nazionale; quest'ultimo è, per un concetto di Nazione orientato alla lingua e alla nazionalità invece che alla volontà, uno Stato nazionale in senso non solo formale — come insieme di coloro che appartengono alla Nazione — ma anche sostanziale, nella sua costituzione e nei suoi ordinamenti giuridici. Lo Stato nazionale è uno Stato tedesco, rapportato alla nazionalità: ma tutto ciò che è in rapporto alla nazionalità deriva dalla storia nazionale.

Così l'impulso alla ricerca storica è, per il movimento nazionale e per i Germanisti che ne fanno parte, non solo rivolto al presente, ma anche, allo stesso tempo, politico: esso consiste nell'interesse per lo Stato nazionale, al quale appartengono la costituzione nazionale (cioè plasmata attraverso la storia) e il diritto nazionale (cioè storico).[16] Non che, con ciò, non si volesse studiare la storia in quanto tale: anche i Germanisti si preoccuparono della verità storica e non solo di agitazione politica: nè si può seriamente dubitare della loro etica scientifica e del loro interesse critico, al quale dobbiamo edizioni critiche esemplari. Ma questo approccio di nuovo genere portò come conseguenza che la storia si riducesse a storia della Nazione e corrispondentemente dovesse essere indagata ed interpretata sulla base dei problemi nazionali e politici di quei tempi.[17] Allorchè si riunirono le assemblee dei Germanisti del 1846 e del 1847, l'impulso di fondo fu di carattere nazionale e politico;[18] ci si volle riunire « in rappresentanza della scienza tedesca », di quella scienza « che ha come oggetto il popolo tedesco, e prima di tutto il suo diritto, la sua storia, la sua lingua »;[19] si trattava di risvegliare « la coscienza tedesca », il « ricordo di ciò che era, e poteva essere la Germania ».[20] I temi nazional-politici e costituzional-politici si trovavano in primissimo piano, e ad essi veniva strumentalizzata la ricerca storica: così per la questione dello Schleswig-Holstein, per il carattere ‹tedesco› dello Schleswig, per l'origine e il valore delle Corti di Assise, per il generale diritto privato tedesco, per la necessità di un Codice giuridico nazionale e così via.[21] E già prima, quando Reyscher e Wilda nel 1839 fondarono la « *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* », come organo di bat-

16. Prove su ciò in O. GIERKE *Die historische Rechtsschule* cit., 19-21. « Fin dal principio essi [cioè i Germanisti] intesero la battaglia per il diritto tedesco come una parte dell'aspirazione della Nazione alla piena riconquista della sua essenza » (GIERKE *Ibid.* 19).

17. Cfr. anche E. LEMBERG *Geschichte des Nationalismus* cit., 152-154.

18. Cfr. O. GIERKE *Die Historische Rechtsschule* cit., 20-21 e 24-25; G. BESELER *Erlebtes und Estrebtes, 1809-1859* (Berlin 1884) 54.

19. Cfr. A. L. REYSCHER *Aufruf* cit., 183.

20. REYSCHER *Ibid.*

21. Cfr. *Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt a. M.* cit., V-VI; *Verhandlungen der Germanisten zu Lübeck am 27., 28. und 30. September 1847* (Lübeck 1848) Indice sommario. La conclusione di Mittermaier nella ‹Sezione giuridica› dell'Assemblea di Francoforte lascia trasparire facilmente la tendenza verso un'efficacia pratico-politica; scienza è preparazione all'attività po-

taglia dei Germanisti, il periodico rientrava nel loro scopo dichiarato « di agire per la realizzazione di uno studio nazionale del diritto e insieme per la fondazione di una scienza giuridica della madre-patria ».[22]

2. Bisogna individuare chiaramente la novità qui intervenuta e la diversità nei confronti di Möser, Burke ed Eichhorn riguardo alla storia e all'approccio alla ricerca storica. Il rapporto con la storia e la vocazione ad essa non nasce più da un'ininterrotta continuità storica, ma da un programma nazionale e politico; presupposto di essa è la rottura con la costituzione politico-sociale precedente, cioè con la continuità storica. « Già c'è fra la nostra storia e noi una frattura, che fa pensare ai più che ormai non è più possibile andare oltre », aveva dichiarato già nel 1820 J. B. C. Stüve, richiamandosi, in contrapposizione a ciò, al secolo precedente, nel quale « la vita di ogni giorno permetteva ai potenti di incontrarsi con la storia ».[23] Per superare questa frattura, per non lasciare morire la storia e l'essenza nazionale, ci si rivolse in modo particolare alla storia stessa e agli studi storici: ciò però non significa più, a questo punto, trovarsi sinceramente n e l l a storia, bensì riannodarsi coscientemente ad essa. Ci si colloca in un rapporto sistematico-politico con la storia e si cerca di dedurre dal passato le regole per ordinare il presente.

« Se dev'essere costruita una costituzione » si legge nel Freiherr vom Stein « essa dev'essere storica, noi non dobbiamo trarla dal nulla, ma dobbiamo rinnovarla, dobbiamo ricercare i suoi elementi nei primordi dello sviluppo del nostro popolo - e da essi svilupparla ».[24] E in modo del tutto analogo Dahl-

litica, cfr. C. J. A. MITTERMAIER, in *Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt a. M.* cit., 190. Analogamente anche G. Beseler nell'Assemblea della Paulskirche (pagina 5497 del VII volume della relazione stenografica). È caratteristico per il mantenimento di una neutralità non-politica — che diventa decisiva per la Storia e la Scienza del diritto dopo la fondazione dell'Impero bismarckiano — che lo stesso Gierke spieghi l'estendersi delle trattazioni di Diritto pubblico e di temi statali-politici col fatto che essa è originata dall'unità di Diritto pubblico e privato nella concezione germanica del diritto: cfr. O. GIERKE *Die historische Rechtsschule* cit., 23-24.

22. A. L. REYSCHER *Geleitwort*, in « *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* » 1 (1839) 3-4. A ciò corrisponde una straordinaria mescolanza di saggi strettamente storici e di saggi dipendenti dalle condizioni politiche del tempo. Anche nel volume II si trova, accanto a saggi sulla teoria del gioco e sul « dominium directum et utile », una trattazione di 176 pagine sulle questioni costituzionali dell'Hannover; nel volume III vengono trattati, accanto a temi storico-antiquari, l'origine e i destini del diritto di asilo in Europa come anche la nascita e la natura del diritto di voto dei ceti nello Schleswig-Holstein. È sintomatica la periodicità di apparizione dei volumi: i volumi I-X apparvero negli anni 1839-1846; i volumi X-XX (ultimo volume) negli anni 1847-1861; le annate 1849-1851 non uscirono affatto.

23. G. STÜVE *Johann Bertram Carl Stüve nach Briefen und persönlichen Erinnerungen* I (Hannover-Leipzig 1900) 41. Per l'insieme cfr. W. CONZE *Staat und Gesellschaft* cit., 28.

24. Freiherr VOM STEIN *Ausgewählte politische Briefe und Denkschriften*. Herausgegebene von E. Botzenhart und G. Ipsen (Stuttgart sd [1955]) ‹Denkschrift› del 20 agosto 1816, pagina 377. La provenienza dalla continuità storica appare qui chiaramente. Un significato nuovo acquista

mann afferma già nel 1815 che « una grande comunità umana » si costituisce in primo luogo sul piano morale nel senso « che essa si richiama alla compiuta situazione dei propri progenitori e... ricostruisce per sè, dall'intero sviluppo del popolo, dalla sua radice, un modello il più possibile esatto, il cui inserimento nei suoi tempi in termini sempre più chiari dev'essere il principale scopo del presente ».[25]

Ancora Dahlmann parla, conseguentemente, del « salto », che quasi dovunque dev'essere effettuato « poichè mancano i membri intermedi che devono congiungere il passato con il presente ».[26] Nello stesso senso Georg Beseler si è poi intrattenuto nella Paulskirche sulla necessità di riconoscere e stabilire chiaramente i « grandi principî » che hanno accompagnato la Nazione tedesca, finchè essa era ancora libera e potente: « Io credo che si debba investigare i principî della libertà germanica e, dopo averli correttamente individuati... svilupparli in tutte le loro conseguenze ».[27] Qui è ben visibile il carattere politico-programmatico del rapporto con la storia; il significato della storia si determina in base alla sua funzione politico-nazionale.[28]

Di fronte ad una così evidente manifestazione del nuovo tipo di condizionamento temporale dell'indagine storica, è tuttavia necessario affermare chiaramente, che non si tratta assolutamente di ideologia nel senso oggi corrente del termine. Il problema che qui si presenta cadrebbe fin dall'inizio nell'equivoco se lo si considerasse di tipo critico-ideologico: in un tempo in cui la critica ideologica è divenuta di moda e la diffidenza nei confronti dell'ideologia non di rado viene usata come mezzo di demistificazione, questa raccomandazione non è mai superflua.[29] La questione della dipendenza dell'indagine storica dalle problematiche e dagli schemi orientativi, che sorgono dalla situazione storico-politica in cui si trova lo studioso, non ha natura critico-ideologica e non può trovare risposta in concetti come cattiva fede, interesse mascherato,

da ciò anche il passo, divenuto famoso, dal ‹Denkschrift› per il Granduca di Baden, del 12 febbraio 1816: « solo col fatto che il presente si sviluppa dal passato, si può assicurare al presente stesso una durata nel futuro... ».

25. F. C. DAHLMANN *Ein Wort über Verfassung*, in *Kleine Schriften und Reden* (Stuttgart 1886) 35.

26. F. C. DAHLMANN *Die Politik, auf den Grund und das Mass der gegebenen Zustände zurückgeführt* (Leipzig 1847³) 122.

27. Volume VII della relazione stenografica dell'Assemblea della Paulskirche, pagina 5497.

28. H. Ritter VON SRBIK *Geist und Geschichte vom deutschen Humanismus bis zur Gegenwart* I (München-Salzburg 1950) 353 afferma, riguardo al Dahlmann, che egli ha trasformato la scienza storica in compito politico, politicizzando la storia e storicizzando la politica. Tuttavia non viene individuata la stretta relazione fra questo rapporto con la storia ed il pensiero nazionale, anzi viene respinto in seconda linea l'elemento nazionale presente nell'opera di Dahlmann (pagine 350-351). Cfr. anche G. WAITZ *Friedrich Christoph Dahlmann*, in *Gedächtnisrede F. C. Dahlmann* 15.

29. Vedi anche ‹retro›, nell'Introduzione 54-56.

opzione volontaria ed altro. Preliminarmente bisognerebbe discutere della collocazione storica e della dipendenza da essa della stessa dottrina dell'ideologia e dell'indagine critico-ideologica.[30] Gli storici della generazione dei Germanisti sono stati tanto poco ideologhi, quanto agitatori politici: essi erano veri ricercatori scientifici.

Il rapporto con la storia che è proprio dei Germanisti solleva d'altra parte la questione della loro posizione all'interno della ‹Scuola storica del diritto›, della quale essi costituirono uno dei rami. Non è stata proprio la ‹Scuola storica del diritto› ad introdurci nella vastità del mondo storico creando in tal modo le basi per il predominio del senso storico? Tale interpretazione ha dominato fino ai nostri giorni. Ma la ‹Scuola storica del diritto› ignorò sempre il doppio problema per cui, da una parte — in occasione di ogni richiamo allo spirito del popolo e alla storia — la branca romanistica, con il suo allineamento in favore del ‹puro› diritto romano, diveniva la branca dominante, e dall'altra i concetti giuridici venivano dedotti « da testi latini invece che dalle necessità sociali ed economiche » ed il diritto doveva essere affidato ad un ceto esclusivo di dotti.[31] Tutto ciò può essere difficilmente espressione di un pensiero storico, calato esso stesso nella storia e che considera la storicità come la misura di ciò che accade.[32] In che modo dunque può essere definito il rapporto con la storia proprio della ‹Scuola storica del diritto›?

Nella sua Relazione introduttiva alla « *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* » Savigny ha contrapposto la Scuola storica a quella non-storica. Ciò che egli indica come l'aspetto determinante della Scuola storica è fondamentalmente una trasposizione nel diritto della metafisica della storia di Schelling.[33] Libertà e necessità vengono conciliate in un insieme sovrapersonale, determinante e allo stesso tempo determinato, quale si presenta la « suprema natura del popolo », in quanto totalità ancora in divenire e in sviluppo, di cui

30. Su ciò O. Brunner *Das Zeitalter der Ideologien*, in *Neue Wege* cit., 194-219.

31. Su ciò F. Schnabel *Deutsche Geschichte* cit., III 57 e le citazioni ivi contenute.

32. Cfr. su ciò P. Koschaker *Die Krise des römischen Rechts. Eine Untersuchung des positivistischen Rechtsbegriffs im besonderem Hinblick auf das rechtswissenschaftliche Denken Rudolf Sohms* (Hamburg 1936) 23-26; C. Schmitt *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, mit einigen Nachbemerkungen*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954* (Berlin 1958) 416-417; inoltre O. Gierke *Die historische Rechtsschule* cit., 10 ss, il quale critica il riferimento alle origini pure e il disconoscimento del grande processo storico della commistione e dello sviluppo comune dei due diritti a partire dal Medioevo.

33. Ciò era già stato affermato, molto presto, da Reyscher, uno dei principali Germanisti; cfr. il suo importante contributo: A. L. Reyscher *Ueber das Dasein und die Natur des deutschen Rechts*, in « *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* » 1 (1839) 31-32; della nuova letteratura, cfr. F. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* cit., 227 e *Friedrich Carl von Savigny*, in « *ZSS R(R)* » 72 (1955) 23-24. F. Schnabel *Deutsche Geschichte* cit., III 55 parla in generale della dottrina romantica del divenire storico, contro la quale ha combattuto Savigny.

l'epoca contemporanea costituisce solo una fase.[34] Così il diritto deriva « dalla più intima essenza della Nazione stessa e della sua storia » e ci si deve dunque accortamente limitare solo « a scoprire, a ringiovanire e a mantenere fresco questo materiale che viene imposto da una necessità interna ».[35] Non si può più parlare a questo punto di un pensiero realmente storico; si è ormai usciti dalla storia, e ci si è collocati nei suoi confronti in un rapporto di riflessione, rendendosi, nel suo nome, servitori di ciò che è divenuto. Viene così meno il naturale processo di formazione e di sviluppo delle cose nel futuro secondo le necessità e i bisogni del presente, cioè proprio ciò che per Eichhorn costituiva il principio storico-organico.[36] Il servizio alla storia viene postulato come la necessità del presente, e la storia, per parte sua, viene concepita come un insieme spontaneo, che trae tutto ciò che esiste da un principio immanente, agente alla cieca.[37]

Anche qui è presente un pensiero natural-teoretico, nel senso di una teoria organica della natura, non solo del popolo, ma dell'intera vita storica. Il parallelo con lo ‹sviluppo› nella natura organica — all'incirca come la crescita autonoma delle piante dal seme, che ha bisogno solo della sorveglianza e della cura rassicurante, non invece di un intervento volontaristico-finalistico da parte degli uomini — è noto e la critica dei Germanisti l'ha notato presto.[38] Intesa in senso idealistico, la storia del diritto divenne così manifestazione dell'idea di diritto.[39] Anche la strada verso le origini classiche, verso le pure forme dell'antichità, è in tal modo tracciata, nella misura in cui queste ultime — come nucleo iniziale — si concretano e si sviluppano organicamente nella storia.[40] Rudolf Sohm ha più tardi riconosciuto, con la sua caratteristica perspicacia, che Savigny e la sua Scuola, proprio attraverso questo ricorso al diritto romano ‹puro› come restaurazione del passato, hanno aiutato ad approfondire il solco con la storia ed hanno ulteriormente ridotto l'influsso pratico del diritto romano[41].

34. F. C. VON SAVIGNY *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, in « *Zeitschrift für deutsches Recht und für deutsche Rechtswissenschaft* » 1 (1839) 3-4; e, analogamente, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg 1814[1]) 11-12.

35. F. C. VON SAVIGNY *Ueber den Zweck* cit., 6.

36. Cfr. ‹retro› Capitolo 2 II 87-88.

37. In questa concezione della storia, come « momento dell'assolutezza di tutta la vita produttiva », che risale direttamente a Dio e può venire misurato solo nelle sue realizzazioni, E. ROTHACKER *Savigny, Grimm, Ranke*, in « *HZ* » 128 (1923) 438-439, scorge una concordanza centrale fra Ranke e Savigny.

38. Così A. L. REYSCHER *Ueber das Dasein* cit., 32 nota 32.

39. Su ciò F. WIEACKER *Privatrechtsgeschichte* cit., 233.

40. F. C. VON SAVIGNY *Vom Beruf unserer Zeit* cit., 117-118. Compito del metodo storico è « risalire alle radici di ogni materiale dato, e scoprire in tal modo il suo principio organico, per modo che si separi da sè ciò che ha ancora vita da ciò che è già morto, e che solo così appartiene alla storia ».

41. R. SOHM *Fränkisches und römisches Recht. Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte* (Weimar 1880) 79-80, e anche in « *ZSSR(G)* » 1 (1880). Non manca di significato sintomatico

Anche nel programma della ‹Scuola storica del diritto› si tratta dunque di un rapporto con la storia in ultima analisi non-storico, ‹sistematico›: quali stimoli vi fossero sottintesi e quale reale posizione si nascondesse in ciò, non può essere oggetto di ulteriore indagine in questo contesto.[42] Qui si tratta solo di mostrare fino a che punto sussista un'analogia fra il rapporto con la storia di Savigny e quello dei Germanisti. Accanto a tutte le differenze, il punto comune ed il legame consistono proprio in ciò, che entrambe — e perciò la ‹Scuola storica del diritto› nel suo complesso — tralasciano la storicità immediata e intendono, spiegano ed usano ai propri fini la storia da un punto di vista ‹sistematico›. Se poi l'impulso e lo scopo consistano, come in Savigny, nella difesa dello Stato legislativo e nell'osservazione di una scienza del diritto legata ad un ceto,[43] o, come nei Germanisti, nell'individuazione dell'essenza nazionale e nella deduzione da essa delle regole necessarie per la formazione in senso nazionale del presente, è una differenza non tanto di principio quanto strumentale provocata solo dalla diversità della posizione sistematica di partenza.

II.

1. Questo rapporto con la storia, qualificato in senso nazionale e politico — che è caratteristico della generazione dei Germanisti e della branca del liberalismo che le corrisponde — ha molteplici conseguenze sulla ricerca storico-costituzionale. Essa rende possibile non solo la fondazione di fini politici partendo dalla storia — nel senso che la derivazione dalla storia nazionale attribuisce a tali fini la loro autentica legittimazione — ma insieme anche la con-

che Sohm proprio in questo saggio, apparso come contributo inaugurale della « *Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte* », consideri la cesura con la storia come il tratto caratteristico del XIX secolo e giunga in tal modo all'osservazione: « Nella scienza noi siamo storici, ma nella legislazione concreta siamo rivoluzionari » (pagina 80); cfr. anche ‹infra› Capitolo 4 II 1.

42. F. WIEACKER *Privatrechtsgeschichte* cit., 222-225, 245: egli scorge la posizione peculiare della ‹Scuola storica del diritto› nel secondo Umanesimo, nel ritorno allo spirito dei classici e alle forme ed origini pure, che Savigny ha circoscritto con la dottrina romantica dello spirito del popolo; C. SCHMITT *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* cit., 418, e nota successiva a pagina 428: considera la difesa dello Stato legislativo e della trasformazione del diritto in legalità — alla quale viene contrapposto il mantenimento e lo sviluppo dello stesso diritto per mezzo di un ceto autonomo di giuristi — come la vera e propria posizione di Savigny; per la conservazione di una scienza giuridica autonoma come elemento propriamente decisivo si veda anche F. WIEACKER *Friedrich Carl von Savigny* cit., 26 e 31 ss. E. ROTHACKER *Savigny, Grimm, Ranke* cit., 425-426, si tiene fermo, partendo da una considerazione in primo luogo storico-morale, alla storicità e al pensiero del popolo come elementi decisivi, ma d'altra parte indaga in profondità le tendenze politiche contenute nel concetto di spirito del popolo (ROTHACKER *Ibid.* 423). L'Autore aderisce alla prima interpretazione di Wieacker e a quella di Carl Schmitt, senza però voler porre da parte anche l'influsso di altri fattori.

43. Cfr. la nota 42.

sapevole o inconsapevole interpretazione e indagine della storia dal punto di vista dei fini politici, cioè dell'ideale costituzionale preso come base e modello. Quando la storicità si riduce all'elemento nazionale, anche quest'ultimo si deve trovare nella storia. I principî e le istituzioni portanti dello Stato costituzionale nazionale, inteso come Stato adeguato alla storia in senso proprio, determinano da sè l'impostazione del problema e le linee d'interpretazione. Tutte le forme e le istituzioni dello Stato costituzionale e borghese si devono trovare anche — o soltanto — nella storia, e si devono presentare come ‹tedesche›, come espressione dello spirito nazionale tedesco, e non invece di origine romana. Viceversa è necessario considerare l'ordinamento feudale e l'istituto della patrimonialità come costruzioni speciali provenienti dall'esterno, corpi estranei, che non hanno in alcun caso il loro fondamento nella natura nazionale.[44] Ciò è di importanza tanto maggiore, quanto più il materiale delle fonti è lacunoso ed in sè astratto ed abbisogna di un'interpretazione estensiva, e quanto più esso contiene in sè concettualizzazioni generali, il cui significato specifico nel loro tempo non è ben comprensibile, e che sono in sè suscettibili di molteplici interpretazioni differenti.[45]

Il mutamento che con ciò si verifica in confronto a Möser e alla ricerca orientata nel senso della costituzione dello Stato per ceti, merita dunque di essere particolarmente sottolineato. Se là era il quadro costituzionale, qui è l'ideale costituzionale, che serve da base per lo studio e l'interpretazione della storia. Möser ed Eichhorn videro e giudicarono la storia costituzionale antica prendendo lo spunto dalla realtà politico-sociale, che essi stessi vivevano; per la generazione dei Germanisti è invece la costituzione a cui si aspira — ma ancora da realizzare — il programma politico che determina il tipo di considerazioni ed i giudizi. Ciò corrisponde esattamente al menzionato mutamento verificatosi nel rapporto con la storia: Möser ed Eichhorn si trovavano ancora nella storia, nella ininterrotta continuità del suo sviluppo: in tal modo la loro problematica rimaneva nell'ambito del dato storico. La generazione dei Germanisti sta invece al di fuori della storia e della sua continuità, ed entra in relazione con essa partendo da un consapevole sistema di valori: in tal modo anche la sua problematica è determinata dall'interno, dall'elemento nazionale. D'altro canto questo stesso elemento nazionale è a sua volta orientato storicamente, riceve il suo contenuto dalla storia: così la discrepanza viene in un certo senso superata e non assume mai un aperto risalto.

44. Ciò diverrà più chiaro, quando, fra breve, si tratterà di Georg Waitz e di Paul von Roth; cfr. ‹infra› Sezione 2 e Capitolo 4 I 2.

45. Qui vengono prima di tutto in considerazione quei concetti centrali dell'antica struttura tedesca e franca, come i ‹principes› e ‹nobiles› di Tacito, gli ‹ingenui›, ‹homines liberi›, ‹franci homines›, ‹laeti›, ‹arimanni› eccetera delle fonti merovingio-franche, il ‹comes›, ‹iudex›, ‹centenarius›.

2. L'interdipendenza fra ricerca storica e programma politico, che qui si realizza, raggiunge la sua manifestazione più chiara nel concetto a cui si è già spesso fatto cenno di ‹libertà germanica›. L'idea dell'antica libertà germanica aveva una lunga storia: si era manifestata per la prima volta nella *Germania* di Tacito, che fu riscoperta nel XV secolo;[46] presso gli umanisti essa era poi servita alla difesa delle pretese del potere imperiale, recepite dal diritto romano;[47] F. Hotman e la Fronda francese la usarono in seguito in difesa della Nobiltà contro la Monarchia centralizzatrice, contraria ad ogni potere intermedio;[48] Montesquieu la considerò il fondamento della Costituzione inglese, di cui egli riportò le origini nelle foreste germaniche.[49] In Möser e nell'Enciclopedia francese essa apparve come concetto essenziale di un ordinamento ‹statuale-comunitario› in contrapposizione al sistema feudale, fondato sulla signoria e sulla dipendenza personale.[50] In questa sua posizione di contrasto — da una parte nei confronti delle tendenze centralizzatrici ed egualitarie dell'Assolutismo, dall'altra nei confronti del sistema feudale della signoria patrimoniale — la libertà germanica diventa per i liberali del ‹Vormärz› e per i Germanisti il fondamento della formazione nazionale dello Stato.[51] Essa significa ora l'originaria e pura espressione della natura nazionale, non ancora contaminata in alcun modo da influssi stranieri.[52] Ristabilire le sue forme ed istituzioni, significa realizzare la storia nel presente e preservare la continuità nazionale dalla contaminazione straniera, sia essa Assolutismo o Rivoluzione. Tribunali popolari, esercito nazionale, rappresentanza popolare, libertà, intervento nella legislazione e negli affari fiscali, autonomia comunale, legame dei diritti politici con la libera proprietà, ed altri concetti, appaiono così come espressione e forma adeguata ai tempi dell'antica libertà germanica.[53]

46. Cfr. E. Hölzle *Altgermanische Freiheit* cit., 6; E. Lemberg *Geschichte des Nationalismus* cit., 144 ss; la prosecuzione dell'influsso ancora in H. Luden *Einige Worte über das Studium* cit., 37-38.

47. E. Hölzle *Altgermanische Freiheit* cit., 11-14.

48. O. Brunner *Feudalismus* cit., 596-597; E. Hölzle *Altgermanische Freiheit* cit., 47-52; K. von Raumer *Absoluter Staat, korporative Libertät, persönliche Freiheit*, in «*HZ*» 183 (1957) 88-89.

49. Ch. L. Montesquieu *De l'esprit des lois* I, Libro XI, Capitolo VI, 228.

50. Riguardo a Möser, cfr. ‹retro› Capitolo I III 2; riguardo all'Enciclopedia francese, cfr. E. Weis *Geschichtsschreibung* cit., 26-29, 35-37, 47-48.

51. Cfr. su ciò W. Samtleben *Die Idee einer altgermanischen Freiheit im vormärzlichen deutschen Liberalismus* (Hamburg 1935) 62-65.

52. Cfr. Jakob Grimm nei resoconti stenografici dell'Assemblea della Paulskirche (volume II pagina 1310): «La libertà è sempre stata in mezzo a noi, fin dove risale la storia tedesca, essa è stata da sempre il fondamento di tutti i nostri diritti; ciò già nei tempi più antichi».

53. In generale, ed in particolare per i Tribunali popolari e per l'esercito nazionale, cfr. W. Samtleben *Die Idee* cit., 62-65; per la rappresentanza popolare, per la partecipazione alla formazione delle leggi, e per la libertà comunale vedi Samtleben *Ibid.* 33-35, in adesione a Wel-

È difficile stabilire in che misura l'elemento storico ha determinato il politico o viceversa; sicuramente ci si riferì in primo luogo alle esigenze politiche in quanto tali, e il fondamento storico potè solo sorreggere queste ultime;[54] ma d'altra parte ci si riallacciò ad una antica tradizione, dietro la quale agiva una precisa fede storica. Non fu semplicemente posta una esigenza politica, ma fu osservata anche una continuità storica: la stabilità storica del concetto di libertà, che si considerò solo accantonato ma mai divelto, come eredità incorruttibile del proprio popolo.[55] «Il carattere fondamentale del diritto statale comunitario tedesco è la libertà tedesca» si legge nello *Staatslexikon* di Rotteck-Welcker.[56] A questo punto si può realmente parlare, con E. Hölzle, di un vero e proprio cammino verso la libertà moderna accanto al diritto naturale: del cammino della libertà storica.[57]

Ma, come viene definita, da un punto di vista contenutistico, questa libertà germanica storica? Già abbiamo visto come in Eichhorn caratteristiche specifiche dell'ordinamento medievale, fondate sul carattere non-statuale di questo, venissero intese, partendo dal quadro costituzionale da lui presupposto, come elementi della libertà civile, all'interno e contro lo Stato.[58] Questo tipo di interpretazione diventa ora generale. Ciò che nella descrizione di Möser della antica costituzione sassone è appena abbozzato, qui viene approfondito e portato avanti. La antica libertà germanica è la libertà legale dei ‹cittadini›, il legame di libertà e legalità nell'unione statale delle comunità di popolo. Dahlmann la vede realizzata nel modo più puro nella costituzione sassone che era, per lui,

CKER alla voce *Deutsches Landesstaatsrecht*, in *Staatslexikon*: IV 346 ss, 365 ss; per l'approvazione delle imposte WELCKER *Ibid.* 368; per la rappresentanza popolare e per il legame del diritto politico con la libera proprietà cfr. la voce *Allodium und Feudum*, in *Staatslexikon*: I 474-475; F. C. DAHLMANN *Die Politik* cit., 130-131. Totalmente nel senso del sistema costituzionalistico Georg Waitz descrive l'antica libertà politica tedesca come «partecipazione agli affari dello Stato»: cfr. WAITZ: VI 407.

54. In questo senso W. SAMTLEBEN *Die Idee* cit., 65.

55. Ciò è già stato da molto tempo chiarito da E. HÖLZLE *Bruch und Kontinuität im Werden der deutschen modernen Freiheit*, in *Das Problem der Freiheit* cit., II sopra tutto 166-168. Per questa posizione è tipica la voce *Deutsches Landesstaatsrecht* dello *Staatslexikon*: esso sviluppa un «diritto statale tedesco comunitario» come risultato della storia tedesca: una contrapposizione al diritto privato comune tedesco dei Germanisti (*Staatslexikon*: IV 338-343). Con la fondazione del ‹Deutschen Bundes› queste «pretese giustatalistiche della nazione e dei cittadini tedeschi, fondate su un antico ininterrotto diritto» non avrebbero potuto nè dovuto essere eliminate (*Staatslexikon*: IV 341). Sostanzialmente, si tratta delle pretese di base del costituzionalismo del ‹Vormärz›: cfr. *Staatslexikon*: IV 365 ss.

56. *Staatslexikon*: IV 343.

57. E. HÖLZLE *Bruch und Kontinuität* cit., 164-165. La questione se per questi rappresentanti del diritto storico avrebbero avuto valore le istanze politiche, che essi hanno sollevato, anche nel caso che la storia avesse prodotto altri risultati, è poco pertinente per la ragione che essa scaturisce da una alternativa non esistente per questi pensatori e politici.

58. Cfr. ‹retro› Capitolo 3 II 4; EICHHORN: II 623-630.

la più libera e insieme la più legale.[59] Dopo il loro trapianto dalla Sassonia in Inghilterra, i principî della libertà germanica raggiunsero colà la loro realizzazione ideale e il loro sviluppo nell'armonica unità di monarchia, nobiltà e popolo dei liberi.[60] Qui la libertà germanica è l'esatta forma anticipatrice dell'auspicato costituzionalismo ‹organico› e ‹tedesco›, orientato nel senso del livellamento e dell'evoluzione.[61]

Un quadro analogo e sintomatico del pensiero del tempo ci offre lo *Staatslexikon* di Rotteck-Welcker; Welcker stesso ha per lo più redatto i contributi sull'argomento. Il tempo dell'antica libertà germanica era, secondo lui, il tempo della « libera, diretta e democratica costituzione allodiale e distrettuale »:[62] questa si presentava come un ordinamento civile-comunitario basato su una forma di libertà legata alla terra.

Vista in questi termini, la libertà trova il suo fondamento nella « libera proprietà terriera », nelle « generali, pubbliche associazioni comunitarie » e nel « diritto pubblico di voto, di approvazione e di giudizio » di ogni libero proprietario.[63] Il legame reale-istituzionale costituisce il punto di partenza: « solo alla libera proprietà terriera o ai beni militari (‹allodium›), in quanto primo pieno diritto civile, era collegato come secondo, anche il pieno diritto politico di voto »: analogamente anche per il terzo, l'« onore bellico nazionale », cioè il diritto e il dovere di guerra legato alla terra.[64] Si tratta di una libertà territoriale ovvero allodiale:[65] essa ha da una parte carattere ‹politico› — nel senso che è il fondamento costituzionale dell'« associazione statale comunitaria » — dall'altra carattere civile-libertario — nella misura in cui ad essa non ineriscono

59. F. C. DAHLMANN *Kleine Schriften und Reden* cit., 35 ss.

60. DAHLMANN *Ibid.* 37 ss, 48.

61. Quanto Dahlmann abbia considerato tutti i fenomeni storici dal punto di vista delle categorie del costituzionalismo tedesco è mostrato dalla spiegazione che egli dà dell'origine delle due Camere del Parlamento inglese, che si svolge completamente entro lo schema social-cetuale-costituzionalistico del ‹Vormärz›. Le città, in quanto rappresentanti del commercio e della vita attiva, e la proprietà terriera trasferibile sarebbero riunite insieme, « sulla base del loro profitto comune », in una Camera speciale; dall'altra parte si sarebbero mantenuti uniti i titolari nobili di feudi inalienabili; Dahlmann accetta poi con entusiasmo il fatto che i prelati non si fossero riuniti in una terza Camera, separata da quella dei Lords, poichè la loro « posizione temporale nello Stato », in quanto « amministratori di grandi territori inalienabili », li ha uniti a questi ultimi (F. C. DAHLMANN *Kleine Schriften und Reden* cit., 48-49).

62. Voce *Deutsche Staatsgeschichte*, in *Staatslexikon*: IV 293.

63. *Staatslexikon*: IV 293; inoltre la voce *Allodium und Feudum*, in *Staatslexikon*: I 475.

64. Cfr. la voce *Adel*, in *Staatslexikon*: I 281-282, dove si trova la citazione; e *Allodium und Feudum*, in *Staatslexikon*: I 475.

65. Un'interessante definizione di questa libertà allodiale e terriera è offerta da K. D. HÜLLMANN *Geschichte des Ursprungs der Stände* cit., I 68: « abitare su un terreno o un fondo ereditario e avere un possesso proprio; dunque non avere in concessione dal Re nessun bene, e non trovarsi perciò con lui nel rapporto privato di ministerialità: questa era l'essenza della libertà di diritto statale nella Germania più antica ».

in alcun modo servizi e prestazioni al di fuori di quelli che « sussistono nei confronti della Nazione stessa [sulla base] del libero ed uguale diritto di approvazione e di voto ».[66] Un potere pubblico di governo si instaura solo per il « fine pubblico generale di unione di tutti i membri ».[67] A questo punto è visibile una duplice contrapposizione: la libertà germanica è nel suo carattere civile-libertario il contrapposto della ‹libertà feudale›, la cui essenza consiste nel superamento dell'associazione statale generale, libera ed uguale, e nella sostituzione ad essa di relazioni ‹private› di difesa, di servizio e di dipendenza;[68] contemporaneamente essa è, nel suo aspetto politico-istituzionale, il contrapposto al generale diritto dell'uomo e alla « libertà privata di diritto naturale » della ormai emancipata Società civile.[69] Ciò corrisponde esattamente alle problematiche e alle posizioni polemiche del costituzionalismo ‹organico›, alla sua duplice posizione di lotta contro il feudalesimo e il liberalismo francese; in tal modo restano fissate le linee di fondo della libertà germanica.

3. Questo processo incide su tutte le istituzioni dell'antica costituzione e sul loro sviluppo e mutamento. I ceti storici non possono più essere pensati altrimenti che come ceti per nascita e sociali, sul corpo della Società statale.[70] La Nobiltà costituisce « un ceto particolare fra i cittadini di un popolo, per il quale alla prerogativa giuridicamente riconosciuta di un'origine speciale sono legati determinati privilegi sociali o politici, garantiti dallo Stato, di fronte agli altri membri della popolazione ».[71] Che una Nobiltà di tal fatta non abbia potuto esistere nell'epoca germanica viene affermato fin dal principio.[72]

In contrapposizione a Savigny, ad Eichhorn ed anche a Jakob Grimm, che avevano individuato una antica Nobiltà germanica, la voce dello *Staatslexikon* si appella ad una considerazione storica più profonda — non limitata alle sole testimonianze esterne — che indaga anche la « possibilità interna » della Nobiltà. Tale osservazione conduce al risultato che, in base all'« intero armonico

66. *Allodium und Feudum*, in *Staatslexikon*: I 474-475.
67. *Staatslexikon*: I 475.
68. *Staatslexikon*: I 485 ss. Sulla stessa linea si muove l'affermazione di F. C. DAHLMANN *Die Politik* cit., 118, secondo la quale nello Stato feudale il Re sarebbe stato vero e proprio signore solo riguardo ai beni demaniali.
69. In modo particolarmente chiaro alla voce *J. Möser*, in *Staatslexikon*: XI sopra tutto 81-83, 94-95.
70. A ciò corrisponde che i ceti del suo tempo vengono definiti « secondo una nuova concezione di ceto », cioè sulla base di una funzione specifica nella Società statale: cfr. la voce *Stand*, in *Staatslexikon*: XV 178: ceto « in senso politico » indica una classe superiore di persone nella Società statale, « la cui impronta vitale consiste nel perseguire in comune una branca principale dei compiti o della cultura della società ».
71. Voce *Adel*, in *Staatslexikon*: I 262.
72. *Staatslexikon*: I 312: « La libertà era la nobiltà originaria, la sola nobiltà dei nostri antenati tedeschi »; ancora *Staatslexikon*: I 262.

complesso » della vita nazionale tedesca, non si può comprendere nè l'origine, nè i privilegi, nè in generale la presenza politica di un'antica Nobiltà tedesca di stirpe:[73] in tal modo viene chiaramente aperto il cammino, nella storia, a tutte le proiezioni e le teorie dello spirito e del carattere nazionale.

Ma su che cosa si fonda questa « impossibilità interna » del ceto nobiliare germanico? Ci si richiama ancora, come in Möser ed Eichhorn, ai ‹liberi homines›, ai ‹franci homines›, agli ‹arimanni› ed ai ‹friburgi›: sono tutti liberi proprietari terrieri, cittadini che costituiscono il popolo e accanto ad essi non vi è posto per la Nobiltà signorile e di stirpe.[74] La Nobiltà ha origine solamente dalla rovina di questa generale libertà tedesca: essa viene portata alla ribalta dal diritto del più forte e dal sistema feudale.

In questo modo si forma il grande contrapposto alla « nobile semplicità, naturalezza ed essenza »[75] dell'antica libera costituzione allodiale germanica. La teoria di Haller sulla signoria patrimoniale, la sua negazione dello ‹Stato› di fronte all'esclusiva ‹signoria privata› svolge qui tutto il suo influsso.[76] Essa viene accettata come la realtà obbiettiva del tempo feudale[77] e fornisce così la contrapposizione in base alla quale si afferma sempre più chiaramente il quadro dell'antica pubblica, libera e legale costituzione germanica, la cui realizzazione costituisce il compito del presente. Il tratto di fondo del sistema feudale è la signoria basata sul diritto del più forte e sul potere di usurpazione; la libera proprietà della terra è nelle mani dei pochi signori feudali — chi non può difendersi da sè, si deve ridurre in dipendenza dei potenti — e diventa il fondamento di relazioni di difesa e di dipendenza ‹private›, che escludono da ogni partecipazione alla « comunità più elevata ».[78] In questo modo ha origine la Nobiltà: i « diritti nazionali di libertà » restano nelle mani di poche famiglie e si trasformano in privilegi ereditari, fondamento di un ceto per nascita.[79]

Al posto della costituzione pubblica dominano i « principî fondamentali » del feudalesimo: « nulle terre sans seigneur » (principio del dispotismo feudale) e « ogni barone è re della sua baronia » (principio dell'anarchia feudale). Il potere supremo riposa sul « possesso privato particolare » di colui che coman-

73. *Staatslexikon*: I 279.

74. *Staatslexikon*: I 288-289 con le note. Le differenti espressioni sono soltanto i « nomi onorifici », che dovunque indicano i « Wehr- bzw. Eidgenossen » (i « compagni d'armi e di giuramento »).

75. Voce *Allodium und Feudum*, in *Staatslexikon*: I 474.

76. Cfr. la voce *Familienherrschaft*, in *Staatslexikon*: V 409-415; per l'insieme inoltre G. VON BELOW *Der deutsche Staat des Mittelalters*. I: *Die allgemeinen Fragen* (Heidelberg 1914) 1-8, 12.

77. Voce *Familienherrschaft*, in *Staatslexikon*: V 415.

78. Voce *Adel*, in *Staatslexikon*: I 312-313; voce *Allodium und Feudum*, in *Staatslexikon*: I 478-479.

79. Voce *Adel*, in *Staatslexikon*: I 312-313.

da, e viene usato per perseguire i suoi « scopi privati ».[80] Questi vocaboli hanno la loro tradizione: essi vengono usati per la prima volta nella discussione sul feudalesimo in Francia, nel XVIII secolo.[81] Tale tradizione prese lo spunto dalle tarde forme degenerate dell'antico ordinamento per ceti e attribuì al sistema feudale nel suo complesso — partendo dalle opposte posizioni antifeudali del nuovo ordinamento, rivolto alla « uguaglianza civile » e alla libertà legale — il carattere di non-libertà, di signoria privata e di usurpazione.[82] I liberali tedeschi ripresero di nuovo dalla loro propria tradizione politica, pur in una diversa posizione di antitesi, un tema già conosciuto, la cui attualità fu mantenuta integra anche attraverso la Rivoluzione francese e la teoria della restaurazione di Haller.[83]

In tal modo si costituì un quadro dello sviluppo storico, già presente nelle sue anticipazioni in Möser, che è caratteristico del rapporto dei Germanisti con la storia.[84] La costituzione feudale viene concepita in tutte le sue linee di fondo come l'esatto contrapposto, la negazione dell'ordinamento statale-comunitario e libertario germanico; essa tuttavia pur sulla base di questa negatività, resta ancora del tutto legata a quello, nei suoi concetti ed istituzioni portanti. Ma la costituzione della libertà germanica è l'originaria ed incorrotta espressione dell'essenza nazionale, i cui principî bisogna realizzare di nuovo nel presente. È così che l'intera storia costituzionale diviene storia dell'evoluzione delle forme costituzionali nazionali, libertarie ed è determinata da queste nel punto di partenza e nel fine, nella struttura e nel significato.[85] Il presente rappresenta la fase della soluzione e del compimento finale, nel senso che le forme costituzionali libertarie germaniche, liberate da una contaminazione durata secoli attraverso « feudalesimo ed assolutismo », ridiventano forza plasmatrice della vita nazionale.[86]

Questo quadro dello sviluppo storico, che corrispondeva ai fini prescelti dai Germanisti e dagli stessi era stimolato, ottenne ora, grazie al pensiero natu-

80. *Staatslexikon*: I 313; voce *Allodium und Feudum*, in *Staatslexikon*: I 479. G. WAITZ *Grundzüge der Politik* cit., 113: scorge il criterio dello Stato patrimoniale nel fatto che da un esteso possesso terriero sorge una costruzione statale o comunque di tipo statale. Quanto al quadro che Dahlmann dà del feudalesimo cfr. C. F. DAHLMANN *Die Politik* cit., 118.

81. Cfr. E. WEIS *Geschichtsschreibung* cit., 38-39, 40-41; e O. BRUNNER *Feudalismus* cit., 603-607.

82. Cfr. BRUNNER *Ibid.*

83. L'opposizione al feudalesimo è un dato presente continuamente lungo l'intero secolo, pure in ricostruzioni contrastanti. Esso si presenta anche in Paul Roth e negli storici ‹giuridici› del diritto alla fine del XIX secolo; cfr. ‹infra› Capitolo 4 I 2, III 1.

84. Cfr. ‹retro› al Capitolo 1 IV 76.

85. È sintomatica la voce *Deutsche Staatsgeschichte*, in *Staatslexikon*: IV 293 ss. D'altra parte la divisione in periodi si unisce qui ad una suddivisione organico-morfologia: cfr. su ciò la nota 92.

86. Cfr. anche le osservazioni in K. BADER *Volk, Stamm, Territorium* cit., 243-244.

ralteoretico-organico dello sviluppo che era proprio dei Germanisti, una legittimazione di principio. Contro Assolutismo, Rivoluzione e Restaurazione romantica sorsero non solo il pensiero nazionale orientato in senso storico-politico, ma anche la vera e propria teoria storico-organica della fondazione di popolo e Stato, nella quale anche il concetto nazionale tedesco aveva le sue radici.[87] Questa era la posizione opposta al modello sociale, astratto-individualistico, della teoria giusrazionalistica, ed era già tratteggiata in Möser.[88] La storia diventa l'ambito di formazione di uno sviluppo ‹organico›, che partendo da un preciso punto di partenza, attraverso fasi precise, scorre verso un fine preciso: essa sottosta perciò, di necessità, a leggi determinate e ad una immanente entelechia. Ponendosi dal punto di vista nazionale, balzava in primo piano la formazione e il compimento dell'individualità nazionale,[89] in parte, come per Welcker, sotto forma morfologica;[90] da una posizione più socialteoretica invece — come la ebbero G. L. von Maurer e O. von Gierke — appariva decisiva la graduale derivazione degli ordinamenti signorili e del potere pubblico dalla presupposta situazione originaria di piena libertà ed eguaglianza o la stretta coesistenza e contrapposizione di potere e libertà in forme sempre nuove, integrantisi a vicenda.[91] Ma il fine, al quale la storia era orientata, era sempre il vagheggiato ordinamento politico-sociale del presente: da esso la storia riceveva il suo significato e l'ordinamento da realizzare la sua legittimazione.[92]

III.

Dal momento che l'indagine fin qui condotta ha avuto il risultato di stabilire che il rapporto con la storia e la ricerca storico-costituzionale presso i

87. Cfr. ‹retro› I 114.
88. Vedi ‹retro› al Capitolo I III I pagine 67-68.
89. Così molto chiaramente in Georg Waitz: cfr. in particolare alla Sezione 2, sopra tutto I e V.
90. Cfr. voce *Deutsche Staatsgeschichte*, in *Staatslexikon*: IV 293-294. Per Welcker il periodo dopo la Riforma è il periodo della virilità a differenza dei periodi della fanciullezza, giovinezza e maturità delle epoche precedenti; esso è caratterizzato politicamente come il tempo della « generale libertà civile e... della costituzione rappresentativa » (*Staatslexikon*: IV 395).
91. Per Maurer cfr. la sua *Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf-, und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt*, mit einem Vorwort von H. Künow (Wien 1896²) e la Prefazione a *Geschichte der Städteverfassung in Deutschland* (Erlangen 1869-1870) I IV-V. In particolare alla Sezione 3. Per Gierke cfr. il suo *Das deutsche Genossenschaftsrecht* I 1-4, e sotto la Sezione 4 I 3 e II.
92. Per Welcker il periodo della « virilità », che inizia con la Riforma, « non ha ancora raggiunto almeno finora... la sua più alta vetta ed un possibile punto di transizione al declino »: voce *Deutsche Staatsgeschichte*, in *Staatslexikon*: IV 395. Per Gierke, il presente porta nei pensieri della cittadinanza statale generale e dello Stato rappresentativo la conciliazione « di antichissimi contrasti »: GIERKE: I 10.

Germanisti erano largamente condizionati dal loro ideale costituzionale nazional-costituzionalistico, appare ora necessario indagare quest'ultimo e le sue radici, in modo da stabilire il punto di partenza dello specifico condizionamento temporale che qui si presenta. I Germanisti vengono di solito accomunati ai liberali del ‹Vormärz›, e la loro massiccia partecipazione al Parlamento della Paulskirche sembra convalidare questa tesi;[93] ma il concetto di liberalismo, come per lo più viene inteso oggi, è troppo indifferenziato ed ampio per poter caratterizzare esattamente il mondo delle aspirazioni politico-costituzionali di questi uomini. Se per il liberalismo politico è caratteristica la derivazione dal pensiero dell'Illuminismo e dalle idee del 1789: fondazione dello Stato sul complesso unitario degli individui, limitazione dell'attività statale alla difesa del diritto e al sussidiario perseguimento del benessere, garanzia di una sfera di libertà individuale pre-statuale e non politica e di una precisa divisione dei poteri,[94] allora i Germanisti sono stati liberali solo con grande riserva o non lo sono stati affatto. In maniera ugualmente limitata furono essi — nonostante alcuni punti di contatto[95] — romantici nel senso di Adam Müller, Schlegel, Schelling, e Görres: la realtà è, insomma, che il pensiero politico del periodo del ‹Vormärz› non si può comprendere nell'alternativa liberalismo-romanticismo.[96]

1. Ciò che contraddistingue l'ideale costituzionale dei Germanisti è il pensiero organico che mira ad un'armonica unità ed ad un compromesso costituzionale fra la sopravvissuta monarchia e la libertà nazionale appena risvegliata, inteso a mantenere l'unità con la tradizione storica e con gli ordinamenti politici esistenti e ad opporsi a tutte le soluzioni radicali o eccessivamente unilaterali.

Lo Stato non è una società fondata sul contratto nè un edificio a struttura finalistico-razionale, ma un «ordinamento originario», una comunità organica e spirituale fondata sulla natura dell'uomo.[97] Il pensiero politico di Ari-

93. Cfr. ‹retro› nota 2.

94. Questo sistema costituzionale propriamente liberale è sviluppato sistematicamente da C. Schmitt *Verfassungslehre* cit., 123-220, 303-338; storicamente da F. Schnabel *Deutsche Geschichte* cit., II 123 ss; cfr. ancora R. von Mohl *Staatsrecht des Königreichs Württemberg* I (1829) 4 ss.

95. Prima di tutto con l'idea di organismo e con la filosofia dell'immanenza di Schelling, ciò che appare particolarmente in Georg Waitz e in Otto von Gierke, cfr. alla Sezione 2 e 4. Inoltre A. Neumeister *Romantische Elemente im Denken der liberalen Führer des Vormärz* (Leipzig 1931) dis.

96. Ciò contro il lavoro di Neumeister, che per il resto è estremamente ricco di suggestioni.

97. F. C. Dahlmann *Die Politik* cit., 3; G. Waitz *Grundzüge der Politik* cit., 5; inoltre A. Neumeister *Romantische Elemente* cit., 70 ss, e recentemente E. R. Huber *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., II 374 ss.

stotele[98] e il pensiero della ‹res publica›,[99] mediato attraverso la tradizione umanistica e Kant — che intende lo Stato come comunità pubblica e interessata alla ‹salus publica›, superiore (in egual modo) al Signore come al popolo nei loro interessi particolari — sono qui presenti, seppure rapportati alle concrete condizioni politiche del tempo. Si è sul terreno del pensiero statale moderno e della moderna concezione della ‹cittadinanza› e perciò anche sul terreno dei principî del 1789, con una rigorosa preclusione nei confronti di ogni ‹signoria privata›. Ma la libertà popolare che si auspica non è la libertà ‹negativa› della Società produttiva emancipata e resa politicamente libera, ma la libertà ‹positiva›, vincolata, comprendente in sè diritto e dovere, lo ‹status› di cittadino in un ordinamento pensato ancora in termini unitari, per il quale l'antico Stato germanico dei proprietari terrieri offre il modello originario.[100] Giurisicità, legalità, rappresentanza politica, partecipazione alla formazione delle leggi, approvazione delle imposte, autonomia comunale e libertà di associazione sono i suoi elementi.[101] Questa libertà ha bisogno, in quanto libertà politica, di un sustrato reale, di un fondamento istituzionale come guarentigia per l'indipendenza e l'autoresponsabilità: il suo legame con proprietà ed ‹autonomia› è perciò indispensabile.[102] In base ad un concreto pensiero istituzionale si mutuano elementi dell'antico ordinamento del ‹paterfamilias›, senza rendersi conto che questi stessi elementi, per le esigenze della mutata realtà, finiscono per istituzionalizzare il ‹régime censitaire›, la signoria di classi sociali fondate sulla proprietà.[103]

98. Sull'influsso di Aristotele su Dahlmann cfr. E. HÖLZLE *Dahlmann und der Staat*, in « *VJSWG* » 17 (1924) 344-345. Inoltre il pensiero di Aristotele fu mediato ai Germanisti anche da Adolf Trendelenburg che insegnò filosofia a Berlino dal 1836 al 1872: cfr. A. R. WEISS *Friedrich Adolf Trendelenburg und das Naturrecht im 19. Jahrhundert* (Kallmünz 1960).

99. Sulla tradizione umanistica cfr. F. SCHNABEL *Das humanistische Bildungsgut im Wandel von Staat und Gesellschaft* (München 1956); per Kant cfr. la *Metaphysik der Sitten* I § 52.

100. Cfr. la voce *Möser*, in *Staatslexikon*: XI 94-95.

101. Cfr. C. F. DAHLMANN *Die Politik* cit., 83; G. WAITZ *Grundzüge der Politik* cit., 20-21; voce *Deutsches Landesstaatsrecht*, in *Staatslexikon*: IV 365-370; anche W. SAMTLEBEN *Die Idee* cit., 33-35 e 62-63.

102. Questa era, all'inizio del XIX secolo, un'opinione molto diffusa, che oltrepassava la cerchia dei Germanisti. Già Kant collegava il « diritto civile statale positivo » all'autonomia: *Metaphysik der Sitten* I § 46. I progetti di riforma del Freiherr vom Stein si fondano sempre nuovamente sulla partecipazione dei p r o p r i e t a r i alle cose pubbliche, sulla loro rappresentanza e responsabile attività al servizio dello Stato: cfr. Freiherr VOM STEIN *Ausgewählte politische Briefe und Denkschriften* cit., 115-121 (‹Nassauer Denkschrift›), 370 ss (‹Denkschrift› per il Granduca di Baden del 1816), e — per il periodo tardo — 405 (Lettera a Gagern del 3 marzo 1831); inoltre Georg Waitz, in quanto curatore dei resoconti della Commissione costituzionale dell'Assemblea della Paulskirche (resoconti stenografici VII 5222-24), dove egli apertamente dichiara che il diritto di voto non è un diritto di natura bensì un diritto politico, una parte della costituzione. Voce dello *Staatslexikon: Allodium und Feudum* 475-476 e voce *Möser* 80-83.

103. Fino a che punto fosse ancora vivo questo concetto pre-liberale di proprietà è mostrato dalla voce *Allodium und Feudum* dell'anno 1838: « Il diritto di proprietà o reale costituisce

Il principio che regge l'edificio costituzionale è la coesistenza organica di monarchia, governo e popolo, cioè la composizione e il superamento del dualismo di monarchia e sovranità popolare nell'idea dello Stato costituzionale.[104] Monarchia e popolo sono poteri in senso proprio — la monarchia non limitata all'esecutivo, bensì titolare di governo in senso stretto [105] — ma sopra entrambi sta la costituzione, in quanto ordinamento superiore, come espressione dell'unitaria personalità dello Stato, che li comprende entrambi. Il Principe è « capo di un ordinamento statale, che senza dubbio sta sopra di lui »;[106] la costituzione non viene garantita o conclusa unilateralmente, ma è un contratto, che viene stipulato fra due « poteri costituenti » e solo con la stessa procedura può venire modificato.[107] Albrecht, uno dei sette di Göttingen, ha per primo dato forma giuridica classica a questo pensiero, allorchè ha inteso lo Stato come portatore di diritto e persona giuridica e di conseguenza ha definito la posizione del monarca non più come quella di un sovrano, ma come quella di un organo statale, che esercita i suoi diritti secondo la costituzione.[108]

Il problema della sovranità, dal diritto alla decisione finale, è stato qui aggirato, nel senso che è stato inserito nella stessa astratta personalità dello Stato. In tal modo si trovò « la parola decisiva di diritto statale » per un pensiero politico che aveva sì detronizzato il Principe dalla sua posizione sovrana ma l'aveva pur sempre mantenuto e aveva solo voluto accantonare il suo assolutismo, senza prendere posizione in netto favore della sovranità popolare.[109] La situazione politica del ‹juste milieu› trova esattamente in ciò la sua espressione, come anche il pensiero statale organico tendente all'armonia, all'unità e alla sintesi; l'inevitabile conseguenza democratica, su cui per primo ha chiamato l'attenzione

in tal modo... nel rapporto giuridico il fondamento materiale, il portatore giuridico-reale della personalità giuridica e dei suoi diritti patrimoniali. Anche la personalità privata dei singoli, prima di tutto quella della famiglia, abbisogna, analogamente a quella dello Stato, di un saldo fondamento materiale, di un territorio » (*Staatslexikon*: I 468).

104. Cfr. G. WAITZ *Grundzüge der Politik* cit., 149 ss.

105. F. C. DAHLMANN *Die Politik* cit., 85, 95 ss; G. WAITZ *Grundzüge der Politik* cit., 132 ss.

106. F. C. DAHLMANN *Die Politik* cit., 117.

107. Voce *Gesetz* (WELCKER), in *Staatslexikon*: VI 739; J. GRIMM *Ueber meine Entlassung* (Neudruck: Berlin 1945) 16; F. C. DAHLMANN *Die Politik* cit., 9.

108. Nella sua recensione, divenuta famosa, a W. MAURENBRECHER *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, apparsa in « *Göttingische Gelehrte Anzeigen* » (1837) 1492 e 1512. Il Re come « organo statale » è presente anche in G. WAITZ *Grundzüge der Politik* cit., 48-49; per la dottrina di Albrecht cfr. ora anche E. R. HUBER *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., II 376-377.

109. In tal senso R. HÖHN *Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson* (Berlin 1935) 225; analogamente già C. SCHMITT *Hugo Preuss, sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre* (Tübingen 1930) 8-9. Che il reale fondamento di questa costruzione concettuale fosse di ordine politico, è già stato chiaramente riconosciuto da G. VON BELOW *Der deutsche Staat des Mittelalters* cit., 164 ss. Cfr. inoltre C. SCHMITT *Verfassungslehre* cit., 53-55, e E. R. HUBER *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., II 377.

Otto Mayer,[110] rimase invece ignota a questo periodo e agli scrittori che ne fecero parte.[111]

2. L'insieme delle linee di fondo di questo ideale costituzionale rappresenta un vero e proprio orientamento di pensiero politico. Insieme al liberalismo illuministico si lotta contro l'Assolutismo e il Despotismo, in nome della libertà nazionale, del concetto di rappresentanza e dello Stato costituzionale; contro la teoria della signoria privata di Haller e il mantenimento di elementi feudali nella Restaurazione romantica si prende posizione in favore dello Stato, nel senso di ordinamento pubblico, civile-legale; contro le astratte teorie giusrazionalistiche, il loro meccanico modello costituzionale e la loro libertà privata di stampo giusnaturalistico, e contro i princìpî della Rivoluzione ci si richiama all'essenza organica di costituzione e diritto e alla tradizione storica in senso proprio.

La peculiarità di tale posizione consiste nel mantenimento del « mezzo » come dice Jakob Grimm, nel mantenimento cioè della tradizione accanto all'accettazione del nuovo.[112] Ciò significava una posizione originale — fondata in senso nazionale e storico — fra monarchia e sovranità popolare, al di là di Assolutismo e Rivoluzione e del dualismo di Stato e Società; suo presupposto fondamentale è il carattere ‹organico› dello Stato e delle sue istituzioni come prodotti dello sviluppo storico. La molteplicità di significato del concetto di ‹organico›[113] appare chiaramente dalle ragioni portate dai diversi autori a difesa della propria posizione sulla base dei diversi atteggiamenti critici. Se si riconduce questo pensiero politico al suo nucleo più caratteristico diventa impossibile individuare quest'ultimo in una posizione di compromesso tipicamente liberale, come per lo più è stato fatto.[114] Una posizione di tal genere presupponeva che si fosse consapevoli della situazione storica e politica nella quale ci si trovava e che si volessero preparare le questioni e le alternative, che ne derivavano, per mezzo di rinvii, di interventi interlocutori o di una soprastruttura teoretica.

110. *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in *Festgabe für Paul Laband* (1908) 52-53, 60-61.

111. Anche Otto von Gierke, il quale proprio nel concetto di personalità statale riteneva realizzata la conciliazione di monarchia e sovranità popolare, di signoria e comunità, di libertà e dipendenza: cfr. alla Sezione 4. La conseguenza democratica è stata tirata per il primo da Hugo Preuss; essa era inevitabile, poichè partendo dal concetto di personalità statale veniva stabilito anche il carattere associativo dello Stato ed in tal modo come sustrato reale poteva sussistere solo il popolo, non più il signore, come invece accadeva per il concetto di istituto.

112. *Ueber meine Entlassung* cit., 12-15.

113. Cfr. su ciò il giudizio complessivo di C. SCHMITT *Hugo Preuss* cit., 10-12; inoltre E. KAUFMANN *Ueber den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts* (Heidelberg 1908).

114. Così in C. SCHMITT *Verfassungslehre* cit., 8, 54-55, 308-309 e R. HÖHN *Der individualistische Staatsbegriff* cit., 224-225.

Di tutto ciò non è invece il caso qui: il nocciolo di questo liberalismo ‹organico› — per distinguerlo dal liberalismo illuministico — sta molto più nel fatto che esso si trovava, nei confronti della realtà, in una relazione non definita dal presente, ma solo dalla storia.

Attraverso il continuo richiamo alla storia, attraverso il collegarsi consapevole, legittimato dal pensiero nazionale, alla tradizione di forme costituzionali attestatesi storicamente e attraverso l'evoluzione verso l'ulteriore costituzione organica della storia nazionale, esso considerò solo di sfuggita il problema costituzionale decisivo del secolo, rappresentato dalla separazione e dal dualismo di Stato e Società. « La così detta Società non costituisce una precisa contrapposizione allo Stato; anzi proprio quest'ultimo può essere ricondotto ad una specie di società accanto alla società religiosa e alle altre società locali o di analoga natura (Comuni ecc.) » scrive Georg Waitz nel 1863.[115] Particolarmente caratteristica per il liberalismo organico è ancora la totale mancanza di incertezze ed inoltre la sua estraneità al pensiero di Hegel.[116] Il liberalismo organico propose la strutturazione storico-organica delle relazioni statali — credendo in tal modo di riuscire a conservare il dato tradizionale e di poterlo congiungere con il nuovo che si andava formando — non perchè esso volesse instaurare una nuova contrapposizione fra Stato e Società, oppure volesse superarla raggiungendo un compromesso, ma solo perchè non era assolutamente giunto a comprendere la mutata realtà.

Tale posizione fu favorita dalla situazione storico-politica esistente nella Germania del ‹Vormärz›. Werner Conze ha già stabilito che la contrapposizione di Stato e Società, l'emancipazione della Società dallo Stato e il suo orientamento in contrapposizione a quest'ultimo, si sono realizzati in Germania in modo molto diverso e attraverso tappe più graduali che in Francia.[117] Gli antichi ordinamenti per ceti mostrarono in Germania una forza vitale superiore, poichè, da una parte, l'Assolutismo non vi era giunto a compimento, e dall'altra, grazie al fatto che lo Stato monarchico si era eretto per lungo tempo a portatore della Riforma e dell'emancipazione, Stato e Società erano rimasti, ancora a lungo, più strettamente uniti che nella Francia dilaniata da acuti contrasti.[118] In tal modo il necessario passaggio alla separazione di Stato e Società

115. *Grundzüge der Politik* cit., 28. Anche Gierke, nel suo discorso commemorativo di Rudolf von Gneist nel 1896, non riesce sostanzialmente a comprendere il dualismo di Stato e Società, benchè questa coppia di concetti ritorni spesso anche nelle sue opere; cfr. O. von Gierke *Rudolf von Gneist*, in *Gedächtnisrede* (Berlin 1896) 28-29.

116. Nel liberalismo organico si è sostituito ad Hegel il sistema organico di identità di Schelling ed il pensiero di Aristotele, sopra tutto attraverso la mediazione di A. Trendelenburg (cfr. ‹retro› la nota 98). Da esso ha dipeso, fra gli altri, anche Georg Waitz: E. Waitz *Georg Waitz. Ein Lebensbild* (Berlin 1913) 6.

117. W. Conze *Staat und Gesellschaft* cit., 1-34.

118. Conze *Ibid.* soprattutto 10-18; in ugual senso K. von Raumer *Absoluter Staat* cit., 75 ss.

ebbe in Germania carattere ‹organico› e non palesò immediatamente la contrapposizione fra i principî distintivi dell'antico e del nuovo ordinamento; solo tardi, dopo il 1840, si compì del tutto l'emancipazione, non solo come mutamento politico, ma anche come superamento sociale dell'antico edificio costituzionale.[119] Conseguenza naturale di ciò — anche attraverso lo sviluppo delle condizioni di fatto — fu il legame con l'eredità storica, la convinzione del carattere storico-organico dello sviluppo che si andava compiendo e la fede nella forza di legittimazione del diritto storico.[120]

La contrapposizione nei confronti del liberalismo illuministico e del 1789, come lo rappresentarono Rotteck e Robert von Mohl,[121] si verificò dunque per il liberalismo organico, implicitamente, sulla base del suo stesso pensiero politico. Contro le astratte teorie della Società, del Diritto e dello Stato, fondate sul diritto razionale, il liberalismo organico instaurò la concezione « filosofico-storica » del mondo, la « ragione della Nazione » e il « diritto statale comunitario tedesco ».[122] Esso non derivò più i suoi argomenti da Kant, Locke e Rousseau, bensì da Justus Möser: quest'ultimo è il rappresentante dell'idea della « libertà tedesca in senso stretto », il modello di un « carattere e di un patriota veramente tedesco ».[123] La voce dello *Staatslexikon* di Rotteck e Welcker[124] scorge il pregio di Möser sopra tutto nel fatto che egli ha concepito la storia politica come storia di libertà e diritto del cittadino, riconducendola così « alla vera libertà del popolo come al suo nucleo e punto centrale »; che ha fondato i suoi precetti giuridici non astrattamente, ma basandosi sulla « ragione della Nazione »; che la sua « libertà tedesca » appare non come « negativa e vuota, astratta libertà privata di diritto naturale » ma come « vera e positiva libertà civile », avente il suo reale fondamento nella « terra, nel patrimonio o nell'attività industriale » e il suo contenuto nella « partecipazione attiva, tenuta all'obbligo militare e dotata di diritto di voto » alla comunità statale, che a sua volta riposa sul contratto fondamentale.[125] Tutto ciò è pensato

119. W. Conze *Staat und Gesellschaft* cit., 18 ss.

120. Anche qui, la ricerca di una spiegazione concreta, sulla base della situazione etico-politica data, porta ad una collocazione storica conforme, come se, nel senso di Dilthey, venisse fissato solo un prodotto autonomo dello spirito tedesco. Cfr. anche R. Smend *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen* (Berlin 1955) 312 ss.

121. Cfr. K. von Rotteck *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaft*, sopra tutto il II: *Allgemeine Staatslehre* (Stuttgart 1840²) e il III: *Materielle Politik* (Stuttgart 1834²); R. von Mohl *Enzyklopädie der Staatswissenschaften* (Tübingen 1859).

122. Su ciò le voci: *Möser*, in *Staatslexikon*: XI 83; *Gesetz*, in *Staatslexikon*: VI 735 ss; e *Deutschen Landesstaatsrecht*, in *Staatslexikon*: IV 338-343.

123. Voce *Möser*, in *Staatslexikon*: XI 73-74.

124. Reca il titolo indicativo *Möser, der echtdeutsche Mann und die echten deutschen Grundlagen des Rechts, der Freiheit und der Politik* e comprende non meno di 46 pagine.

125. Voce *Möser*, in *Staatslexikon*: XI 94-95.

ed interpretato in maniera del tutto specifica, partendo dall'ideale costituzionale del liberalismo organico.[126]

Il rapporto con la storia, descritto nell'esame precedente, e il particolare orientamento del pensiero politico, che è legato ad essa, mostrano solo l'ambito generale, il sottofondo spirituale nel quale si muove la ricerca storico-costituzionale. Rimangono molteplici differenze, tanto riguardo agli schemi interpretativi decisivi e alla problematica specifica, quanto riguardo ai singoli risultati: l'elemento storico ed individuale mantiene anche qui la sua importanza. La dipendenza dalle condizioni temporali si presenta, presso questi studiosi appartenenti alla generazione dei Germanisti, con un'evidenza talora particolare: in Georg Waitz assume particolare risalto il punto di vista dell'ideale costituzionale nazional-costituzionalistico nel modo di impostare i problemi di metodo della ricerca; in G. L. von Maurer predomina la teoria sociale organico-liberale; in Otto von Gierke infine il legame dell'ideale nazional-costituzionalistico con una teoria generale della Società e della Storia. Tutto ciò dev'essere ora esaminato più da vicino.

Sezione II.

La Storia costituzionale dal punto di vista dell'ideale nazional-costituzionalistico: Georg Waitz.

I.

L'opera storico-costituzionale di Georg Waitz, della quale ci dobbiamo per prima occupare, è sorta in modo specifico dal rapporto con la storia e dall'ideale costituzionale del liberalismo ‹organico›. Nato nel 1813 a Flensburg,[1] Waitz, al contrario di Eichhorn, non aveva più alcun legame diretto con il mondo dell'antico Impero e dei suoi Territori. Quando egli intraprese, dapprima a Kiel e poi a Berlino, i suoi studi,[2] era già iniziato il periodo del movimento nazionale. Borghesia e gioventù universitaria si unirono nello scopo comune di realizzare lo Stato costituzionale nazionale e nell'opera di risveglio dell'essenza nazionale e di rinascita dell'antica libertà tedesca. Il discepolo di Savigny

126. Caratteristica per il liberalismo illuministico è la voce *Freiheit*, in *Staatslexikon*: VI 60-74, che è stata redatta dal Rotteck. Rotteck si scaglia anche violentemente contro ogni derivazione e fondazione storica dei fini costituzionali: cfr. W. Samtleben *Die Idee* cit., 45.

1. *Necrologio*, in «*ZSSR*(G)» 8 (1887) 198.

2. E. Waitz *Georg Waitz. Ein Lebensbild* cit., 5.

e di Ranke, che aveva iniziato come giurista e poi, su consiglio di Ranke, si era dedicato interamente alla storia,[3] cresce dunque nel movimento nazionale e liberale del ‹Vormärz›: a questo ultimo sono sempre rimasti debitori il suo pensiero e la sua azione politica. Il primo libro della *Deutsche Verfassungsgeschichte* ebbe origine da un seminario su Tacito, con il quale il giovane professore iniziò a Kiel la sua attività didattica, ed il centenario del Trattato di Verdun nel 1843 costituì lo stimolo per la sua partecipazione all'azione politica.[4] Waitz prese parte al Congresso dei Germanisti di Francoforte[5] e al Parlamento della Paulskirche: in quest'ultimo fu scelto come Deputato per Kiel, al posto di Lorenz von Stein, si pose dalla parte del ‹centro-destra› e partecipò, con Dahlmann, Beseler e Droysen, al Comitato costituzionale.[6] Egli si presentò come avversario deciso della sovranità popolare e del repubblicanesimo[7] e lottò per il legame fra monarchia e libertà nazionale, per l'armonico compromesso dei poteri tradizionali e di quelli nuovi sulla base della costituzione e del diritto. Nei *Grundzüge der Politik*, che egli pubblicò nel 1862 come epilogo della sua attività politica, questo quadro costituzionale viene sviluppato e fondato, ed è, insieme alla *Politik* di Dahlmann, l'espressione più rigorosa del mondo di pensiero del liberalismo organico.[8] Con Albrecht, R. von Mohl e H. A. Zachariae, egli fece parte dei curatori dell'unico volume della «*Zeitschrift für deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte*» di Aegidi, nelle cui pagine la fine di un intero orientamento di pensiero politico trovò la sua espressione sintomatica.[9]

Questi dati biografici potrebbero permettere di spiegare semplicemente, sulla base dei suoi fini politici, le possibili proiezioni e gli schemi strutturali

3. H. von Srbik *Geist und Geschichte* cit., I 297; E. Waitz *Georg Waitz. Ein Lebensbild* cit., 7-8.

4. F. Frensdorff *Zur Erinnerung an Georg Waitz*, in «*Hansische Geschichtsblätter*» (1858) 5; E. Waitz *Georg Waitz. Ein Lebensbild* cit., 14-15.

5. Cfr. *Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt am Main* cit., prima giornata.

6. E. Waitz *Georg Waitz. Ein Lebensbild* cit., 20-21.

7. Cfr. i resoconti stenografici: I 493-494; VII 4974.

8. Particolarmente caratteristici sono i passi relativi al concetto organico di diritto e di Stato (pagine 5 e 9-11), alla monarchia — da una parte come potere autonomo di diritto proprio, non puramente esecutivo (pagine 132-133), dall'altra come organo statale (pagina 48) —, alla differenza fra rappresentanza popolare e sovranità popolare (pagine 57-58), alla posizione dei Comuni nello Stato (pagine 28 ss), al collegamento di monarchia e di libertà nazionale come tratti dello Stato costituzionale in senso stretto (pagine 140-141).

9. La rapida fine di questo tentativo di costituire un portavoce scientifico-pubblicistico al liberalismo antico, che aveva retto il movimento della Paulskirche, è ricco di spiegazioni. Dopo il violento scioglimento del ‹Deutschen Bundes› e la richiesta di indennità in Prussia, il futuro apparteneva al liberalismo nazionale ed economico e alla dottrina del diritto statale di Laband e della sua scuola, che era politicamente neutrale e mirava a raggiungere il compromesso fra lo Stato militare prussiano e lo Stato costituzionale borghese. Il primo ed unico volume della rivista di Aegidi uscì in fascicoli sciolti dal 1865 al 1867.

presupposti nell'opera di Waitz e sopra tutto di individuare la forza decisiva della sua azione politica; ma in tal modo si sostituirebbe ‹a priori› il giudizio al vero e proprio problema. Waitz fu in tutto uno storico, appartenne alla scuola di Ranke, Niebuhr fu il suo grande modello;[10] suo intento fu esclusivamente di stabilire, nel senso di Ranke, « che cosa fosse realmente accaduto », di lasciar parlare i fatti.[11] La sua conoscenza delle fonti era sterminata, le edizioni da lui curate o dirette hanno conservato fino ad oggi la loro alta qualità scientifica, e le sue « esercitazioni storiche » furono un famosissimo vivaio di ricerche critico-storiche.[12] In contrasto con gli storici politici dello Stato nazionale, i quali nella delusione degli anni successivi al 1848 intesero la scienza come evasione e si lasciarono definire in essa per lo più in base ai fini politici e alla tendenza verso l'azione pratica,[13] Waitz ha difeso con forza la scienza storica come libera da fini e votata solo alla libertà. « Io sono convinto che ci si deve in ogni modo e da ogni parte preoccupare che la nostra scienza storica rimanga incontaminata dalle tendenze e dai desideri del tempo presente ».[14]

Certamente una tale intenzione non basta ancora, da sola, a garantire che la realtà storica sia da lui indagata, anche di fatto, in modo avulso da problematiche e da modelli costituzionali presupposti. Lo stesso Ranke non è rimasto immune da posizioni legate al suo tempo e qualificate politicamente,[15] e noi sappiamo oggi che anche il controllo più rigoroso non può escludere la soggettività del ricercatore storico: anche Waitz era consapevole, alla sua maniera, di ciò. La conoscenza storica gli appariva possibile solo attraverso la mediazione del presente, attraverso la coscienza generale propria del tempo: « noi non ci allontaniamo mai del tutto dal punto in cui ci troviamo, e in modo maggiore o minore ogni epoca misura ciò che è accaduto secondo il suo proprio metro »: ciò derivava per lui necessariamente dalla natura umana.[16] « Noi valutiamo come la più alta verità ciò che la coscienza generale del nostro tempo

10. Cfr. H. VON SRBIK *Geist und Geschichte* cit., 297-298.

11. Ciò appare chiaramente in una lettera a Ranke resa nota da F. FRENSDORFF *Zur Erinnerung* cit., 6; cfr. anche H. VON SRBIK *Geist und Geschichte* cit., 298.

12. Su ciò E. WAITZ *Georg Waitz. Ein Lebensbild* cit., 53-56; F. FRENSDORFF *Zur Erinnerung* cit., 8-9.

13. Su questa generazione degli « storici dello Stato nazionale » e sulla loro volontà politica concreta è molto utile H. VON SRBIK *Geist und Geschichte* cit., 355, 358-363. Rappresentanti principali sono Heinrich von Sybel e Theodor Mommsen. Su quest'ultimo cfr. A. WUCHER *Theodor Mommsen. Geschichtsschreibung und Politik* (Göttingen 1955).

14. Questa asserzione si trova nella recensione alla controversia letteraria fra von Sybel e Ficker: cfr. G. WAITZ *Gesammelte Abhandlungen* cit., I 539.

15. Cfr. W. KAEGI *Historische Meditationen* (Zürich sd) 145 ss; inoltre F. SCHNABEL *Deutsche Geschichte* cit., III 93-99.

16. Cfr. E. E. STENGEL *Jugendbriefe von G. Waitz etc.*, in « *HZ* » 121 (1920) 239-240: il passo della lettera citata è a pagina 247-248.

ha assunto come risultato ».[17] In queste espressioni appare evidente il patrimonio di pensiero di Schelling, di cui Waitz divenne genero nel 1842,[18] e l'influsso della filosofia della storia di Humboldt, alla quale era debitore anche Ranke.[19] Ma ciò riguarda questioni della conoscenza storica in quanto tale e si muove su un piano completamente diverso da quello della posizione ideologica o politica di fini determinati.

II.

Il quadro dell'antica costituzione germanica che Waitz traccia nel primo volume, apparso nel 1844, della sua *Verfassungsgeschichte*[20] reca in sè i tratti dello Stato costituzionale liberal-borghese, nella misura in cui quest'ultimo corrispondeva all'antica libertà germanica secondo gli orientamenti del tempo. La fede nella ‹libertà› dei popoli germanici — che si era attestata presso i Germanisti e nell'opinione pubblica dell'epoca — trovò qui un fondamento scientifico dedotto dalle fonti stesse. Ciò spiega il grande influsso che l'opera ebbe presso i contemporanei.[21] La posizione polemica nei confronti di Eichhorn è chiara: certamente anche Eichhorn aveva inteso l'associazione comunitaria dei proprietari terrieri come il fondamento dell'antica costituzione tedesca, ma egli aveva anche affermato l'esistenza di un ceto nobiliare autonomo, dotato di privilegi politici, aveva descritto i seguiti come seguiti di un signore nobiliare ed aveva attribuito ad essi un ruolo portante nella formazione della costituzione.[22] In contrapposizione a ciò Waitz presenta un quadro strettamente costituzionalistico-borghese degli antichi ordinamenti politici.

17. Stengel *Ibid.*
18. E. Waitz *Georg Waitz. Ein Lebensbild* cit., 13.
19. Cfr. E. E. Stengel *Jugendbriefe* cit., 239.
20. Da qui in poi ci si baserà sostanzialmente sulla prima edizione dei singoli volumi della *Deutsche Verfassungsgeschichte*. Ciò perchè le problematiche e le premesse proprie del tempo appaiono spesso più schiette e chiare nella prima edizione — sopra tutto per quanto riguarda i primi volumi — che nelle successive, dove invece sono in qualche modo nascoste dal sempre crescente materiale documentario e dalle formulazioni più elaborate. Waitz non ha introdotto nelle edizioni successive una modificazione di fondo del suo punto di vista; i volumi V-VIII sono comunque apparsi, di sua mano, solo nella prima edizione. D'altra parte il primo volume ha ricevuto, dalla prima alla seconda edizione, un'ampia rielaborazione e una nuova impostazione che assicurano a tutto l'insieme una maggiore validità; esso è stato poi ancora aumentato in occasione della terza edizione: cfr. la Prefazione alla seconda e alla terza edizione. Del primo volume vengono perciò considerate sia la prima che la terza edizione.
21. F. Frensdorff *Zur Erinnerung* cit., 6 riferisce l'opinione di Albrecht, secondo cui quest'opera costituirebbe il punto d'arrivo dal quale gli altri proseguirono il lavoro oppure polemizzarono contro l'Autore.
22. Cfr. ‹retro› Capitolo 2 III 1, 90-91 e Eichhorn: I 67-80.

1. I ‹principes› di Tacito non sono per lui ‹nobili›, ma autorità elette dalla comunità popolare, dunque ufficiali pubblici, che derivano il loro potere solo dalle comunità rurali ed agiscono in loro nome.[23] Essi devono la loro posizione e la loro caratterizzazione come ‹principes› non già alla loro origine ma solo all'ufficio che ottengono per mezzo di elezione.[24] In ugual modo anche il diritto di mantenere un seguito non viene attribuito alla Nobiltà, ma alla titolarità di uffici pubblici; i seguiti sono seguiti d'ufficio e come tali sono incorporati istituzionalmente nella costituzione pubblica e statuale.[25]

A queste interpretazioni H. Dannenbauer ha rivolto una critica decisa.[26] Ma in che modo un ricercatore così penetrante come Waitz giunge a tali conclusioni?

Per quanto riguarda i ‹principes› egli cerca di fondare la sua tesi in primo luogo sulla differenza fra ‹nobiles› e ‹principes› esistente in Tacito e su una analisi filologica del testo.[27] Ma il vero fondamento è più profondo: « è impensabile che sia stata attribuita alla Nobiltà una potenza tale da poter curare da sola, in quanto ceto una parte degli affari e da deliberare su un'altra parte almeno per sè »:[28] ciò si riferisce al famoso Capitolo XI della *Germania* di Tacito. E ancora: « ufficiali e Nobiltà coincidevano tanto poco allora come oggi ».[29] Il quadro costituzionale dell'antica libertà germanica, mai posto in dubbio e anzi decisivo per il pensiero contemporaneo, fa apparire assurdo pensare ad una struttura nobiliare-signorile o anche ad elementi nobiliari-signorili nella costituzione tacitiana. « Cosa dovremmo pensare dei Tedeschi, se volessimo accettare l'idea che il popolo non ha tentato di intraprendere nulla, nè di difendersi, senza la sua Nobiltà; per quanto poco si attribuisca agli uomini liberi ».[30]

23. Cfr. WAITZ: I 88-89 e 110.
24. WAITZ: I 90-91.
25. WAITZ: I 95 e 98-99.
26. H. DANNENBAUER *Adel, Burg und Herrschaft* cit., 72 ss (per la nobiltà e i ‹principes›), 82 ss (per i seguiti) talora anche con importanti interpretazioni testuali della *Germania*. La recente osservazione di Peter LIVER, nella sua recensione a *Das Problem der Freiheit in der deutschen und schweizerischen Geschichte*, in « *ZSSR(G)* » 76 (1959) 369 ss, rivolta contro la « nuova dottrina », nel senso che quest'ultima non terrebbe nel dovuto conto l'importanza della *Germania* di Tacito, perchè essa non può essere collegata ad una concezione nobiliare-signorile dell'antica costituzione tedesca (pagina 376), si dimostra, proprio in relazione all'opera di Dannenbauer, come polemica non calzante ed errata, al punto da convalidare più che porre in questione la « nuova dottrina ».
27. Cfr. WAITZ: I 88-89 e l'‹excursus› particolare a pagina 149-152.
28. WAITZ: I 87.
29. WAITZ: I 91.
30. WAITZ: I 88, con riferimento all'osservazione, riportata da TACITO *Annali* I 55, di Segesto a Varo, secondo cui quest'ultimo dovrebbe permettere di consolidarsi ad Arminio e agli altri ‹proceres› dei Germani, che poi il popolo non intraprenderà nulla da sè. Sul significato di questa affermazione cfr. H. DANNENBAUER *Adel, Burg und Herrschaft* cit., 75.

E lo stesso vale per la derivazione dei seguiti: solo quando il diritto di mantenere un seguito era espressione della titolarità di un potere d'ufficio, l'indubbio risultato delle fonti può essere conciliato con la concezione dell'antica libertà germanica. « La libertà del popolo non correva alcun rischio » dichiara Waitz « se i capi, che il popolo stesso si sceglieva — ed era anche questa una sua caratteristica — erano dotati di una maggiore potenza ».[31]

Caratteristica del procedimento di Waitz è che in ogni caso lo schema di interpretazione desunto dalle condizioni del suo tempo diventa il punto di partenza dell'intera ricostruzione storica: partendo da esso vengono spiegati i concetti che non sono conoscibili in sè nel loro significato specifico, storico. A chi sostiene, riguardo alla costituzione politica ed anche sociale, un'altra interpretazione — per esempio nobiliare-signorile — viene immediatamente accollato l'onere della prova; costoro dovevano portare prove esatte a conforto delle loro concezioni che « in sè » mancano di fondamento.[32] In tal modo sorge, pezzo su pezzo, dalle fonti esaminate in modo intensivo, il quadro dello Stato germanico libertario-costituzionalistico. « Fu l'insieme dei liberi di pieno diritto, grazie alla proprietà terriera, che costituì la comunità, nella quale ogni potere politico ebbe il suo punto di partenza e il suo centro ».[33] I « veri membri del popolo », in quanto massa del popolo, sono i « liberi »: la loro posizione viene definita nel senso dei liberi proprietari terrieri di Möser e il diritto politico viene fondato completamente sulla ‹libera proprietà›.[34] In tal modo si manifesta però — fondata sul mutamento della realtà politico-sociale — una reificazione del concetto di proprietà della quale si deve parlare ancora più da vicino, in collegamento con la costituzione militare.[35] « Obbligato al servizio militare non era il nato libero in quanto tale, ma, in certa qual misura, in quanto rappresentante del suo patrimonio »,[36] afferma Waitz riguardo all'obbligo militare. E da questo fondamento dei doveri civili, che è caratteristico sul piano del metodo a causa della stretta connessione di costituzione civile e militare — connessione che a sua volta è stabilita dal fatto che il concetto di ‹liberi› tacitamente è orientato nel senso dei tardi coloni militari obbligati

31. Waitz: I 98-99.

32. Così, seppure cautamente, contro Eichhorn, per la sua concezione della giurisdizione dei ‹principes›, cfr. Waitz: I 112 nota 2; molto chiaramente nella III edizione a pagina 163-164 per il fatto che servi e dipendenti insieme avrebbero costituito la massa del popolo, i ‹liberi› invece una stirpe dominante su questo; a pagina 140 nota 2 per il fatto che nel Capitolo XXVI della *Germania* si tratti della suddivisione della terra da parte del signore fra i suoi contadini dipendenti: « del tutto straordinario ed infondato ».

33. Waitz: I 178.

34. Waitz: I 38-39 con la nota 1 alla pagina 38, dove si trova il riferimento a Möser; inoltre Waitz: I³ 151-152, 163, in cui è inserita una sezione speciale sui ceti; sulle vedute proprie di Möser cfr. ‹retro› Capitolo 1 II 64.

35. Vedi più avanti, in questa stessa Sezione, IV 3, 157, 160.

36. Waitz: I 38.

al servizio di guerra —, viene tratta la conclusione del fondamento ‹reale› dei pieni diritti politici.[37]

L'introduzione della Nobiltà in questo concetto civile-costituzionalistico si compie in modo semplicissimo. Che siano esistiti nobili (‹nobiles›) presso i Germani, Waitz non lo nega; ma egli riduce questa Nobiltà a « rilevanza del tutto particolare », limitata ad alcuni privilegi nella scala del prestigio sociale e ad un contributo militare più elevato; ciò che propriamente la caratterizzava era solo la possibilità di pervenire al potere regio che era riservato alle stirpi nobili.[38] Il confronto con gli spodestati del XIX secolo, i quali pur senza avere diritti politici appartenevano ugualmente all'alta Nobiltà, viene fatto espressamente.[39] I rapporti di ‹signoria› non sono per niente riconducibili a questo concetto di Nobiltà: « ma anche dove la loro Nobiltà poteva avere un significato, essi non avevano nello Stato un diritto più elevato; il nobile era anche un libero ed esercitava lo stesso diritto di quest'ultimo ».[40]

Alla costituzione germanica appartiene per Waitz anche la monarchia, anche se non è stata introdotta dovunque: essa è un « prodotto della vita germanica in senso stretto ».[41] Ciò era di particolare importanza per il pensiero costituzionale del liberalismo organico: monarchia e libertà nazionale non sono infatti ostilmente contrapposte, ma agiscono insieme; proprio in tal modo la limitata libertà tedesca si differenzia dalla libertà negativa, senza confini, della sovranità popolare.[42] Perciò la monarchia germanica è costituzionale per origine e per natura: essa non si fonda sulla signoria domestica, sul carattere sacrale e sulla struttura di seguito,[43] ma deve la sua prima introduzione ad un atto di scelta del popolo; la libertà popolare la precede storicamente.[44] La sua essenza consiste nella ereditarietà dell'autorità, nella posizione legittima del

37. Waitz: I 36 e 38, dove appare del tutto chiaramente come espressioni delle fonti isolate da concetti e contesti prestabiliti vengono riunite in un quadro chiuso.

38. Cfr. Waitz: I 78-84. Qui non si può ancora parlare di un accostamento giuridico; egli non potrebbe in alcun modo accettare che il significato della nobiltà sia stato di natura storica (Waitz: I 81); la III edizione, a pagina 174 riconosce poi il diritto alla signoria regia; cfr. ancora alle pagine 188-190 e 195 ss.

39. Waitz: I^3 191.

40. Waitz: I 178.

41. Waitz: I 159.

42. Cfr. ‹retro› Sezione I III 129 ss.

43. In questo senso la ricerca più recente: cfr. O. Höfler *Der Sakralcharakter des germanischen Königtums*, in *Das Königtum* cit., sopra tutto 78-85, che a ragione osserva che la ricerca più antica ha eliminato come « non reali » tali situazioni tradizionali magico-religiose (pagine 75 ss). Dietro ciò sta il concetto di diritto e di realtà secolarizzato e « scientifico », proprio del XIX secolo; inoltre W. Schlesinger *Ueber germanisches Heerkönigtum*, in *Das Königtum* cit., 115 ss, e *Herrschaft und Gefolgschaft* cit., 155-158. Per il fondamento carismatico della signoria nobiliare cfr., sopra tutto, H. Mitteis *Adelsherrschaft* cit., 231, 237.

44. Waitz: I 155-158, 160 ss.

Signore e nel diritto alla nomina dei giudici e dei capi nei distretti.[45] Tuttavia essa non istituisce, in quanto tale, nessun nuovo tipo di autorità signorile — attraverso il ‹carisma›, le caratteristiche militari o la conquista — ma introduce gradualmente una conseguenza di ordine costituzionale: le prerogative originarie dei capi di distretto ⟨Gaufürsten⟩ si trasferiscono al Re, essi diventano ufficiali (Conti) e il Re diventa « fonte del diritto » e con ciò titolare di uno speciale diritto di difesa regia con proprio potere di banno.[46]

2. Per passare ora da questo schizzo « di diritto statale » ad un quadro generale della costituzione germanica e per spiegare quest'ultima geneticamente, i risultati delle fonti a cui si è appena fatto cenno non sono sufficienti. A questo scopo occorre riempire le lacune e far uso di una interpretazione estensiva, che per parte sua presuppone un preciso quadro generale della situazione. Qui Waitz si muove completamente nell'ambito del pensiero organico dello Stato e dei modelli presupposti che da esso derivano, per quanto concerne il divenire e la crescita di Società e Stato. La linea organica di sviluppo: famiglia-comunità ⟨Gemeinde⟩-associazione statale unitaria sussiste per lui come un reale processo storico.

« Infatti sul fatto che dalla famiglia crescono la comunità e lo Stato non vi è oggi alcuna discussione: solo che la storia... deve assumere la costruzione delle comunità come compiuta; soltanto dove ciò accade, un popolo entra nella storia ».[47] La famiglia acquista perciò storicamente fin dal principio il carattere di una associazione privata e si contrappone autonomamente alla comunità che le ha tolto il significato politico, senza però riuscire in alcun modo — corrispondentemente alla linea organica di sviluppo — ad avere la meglio.[48] Non si può assolutamente parlare di poteri di rappresaglia e di pace e di una giurisdizione familiare; la casa è ridotta alla famiglia e il ‹mundium› del signore di casa è semplice potere privato di difesa, corrispondente alla tutela del XIX secolo.[49] Se l'esercito si compone secondo vincoli di parentela, come dice Tacito, ciò si spiega con il fatto che si tiene conto di quei vincoli anche nei rapporti che eccedono « l'ambito della casa e della vita privata ».[50]

45. WAITZ: I 166-167.

46. Questo è il fondamento sul quale si sviluppa la descrizione delle singole competenze. Cfr. WAITZ: I 166-176.

47. WAITZ: I 44. Un passaggio diretto dalle famiglie alla comunità politica, come Waitz trova in Islanda, è per lui l'espressione di condizioni del tutto isolate ed abnormi e non autorizza ad induzioni di nessun genere; esse porterebbero inoltre ad una struttura signorile invece che democratico-comunitaria del sistema statale originario.

48. Cfr. WAITZ: I 45-46, 215-216, 223; più chiaramente ed in modo più convincente nella III edizione, alle pagine 53-56 e 60-61.

49. WAITZ: I^3 73-75; sul ‹mundium› WAITZ: I^3 57-62 e la trattazione successiva *Ueber die Bedeutung des Mundiums im deutschen Recht*, in *Gesammelte Abhandlungen* cit., I 369-381.

50. WAITZ: I^3 80. Nella prima edizione questa distinzione non è ancora accentuata in modo deciso: cfr. alle pagine 44-45.

La comunità per parte sua permane completamente nell'ambito ‹sociale›. Nella prima edizione della *Verfassungsgeschichte* (1844) essa è ancora assimilata alla associazione politica: tra comunità e Stato non vi è alcuna differenza strutturale;[51] nella terza edizione essa viene collocata invece — sotto l'influsso delle ricerche di Maurer e di Gierke — all'interno dello sviluppo organico, nell'ambito della Società, in corrispondenza con i dati del XIX secolo. La comunità è associazione di marca, ha solo compiti economico-sociali, senza funzione politica propria. « Le comunità di villaggio e di contadini, sono una costruzione poggiante puramente sul tipo di insediamento e sui rapporti agricoli e sono limitate essenzialmente, nel loro significato, a ciò che è di proprietà comune ».[52] Che l'unione di più comunità e i suoi capi eletti avessero esercitato anche funzioni di giudicatura « non può essere accettato »; queste ultime erano infatti compiti dello Stato.[53] Waitz si muove qui, senza esserne consapevole, già sul terreno della realtà, interpretata secondo la separazione di Stato e Società. In questo quadro delle comunità è anche presupposto e dato per scontato che i rapporti agricoli, come li ha descritti Tacito, potevano essere solo di tipo libertario-comunitario.[54] L'ipotesi che nel caso dell'assegnazione della terra, nel Capitolo XXVI della *Germania*, si sia trattato di una assegnazione da parte del Signore ai contadini a lui sottoposti, i ‹cultores› — come viene sostenuto in tre lavori precedenti —, deve apparire come del tutto straordinaria e infondata.[55]

Una grande importanza viene attribuita da Waitz al fatto che gli Stati sorgono dalle comunità, non dalle famiglie.[56] Ciò è indicativo: se lo Stato fosse derivato dalla famiglia, necessariamente gli elementi della sua costituzione sarebbero signoria (privata) e dipendenza, non invece libertà, comunione e giuridicità. Dalla « natura della comunità » devono perciò derivare tutte le condizioni della vita e del diritto pubblico.[57] Ciò mostra il sottofondo storico-reale di queste spiegazioni genetico-organiche: l'associazione unitaria di diritto e di pace dello Stato e la Società — resa libera attraverso il monopolio del potere —,

51. Cfr. WAITZ: I 44-46, 178, 223.

52. WAITZ: I³ 139, inoltre 133 ss.

53. WAITZ: I³ 138, contro Möser, Eichhorn e Gierke.

54. Cfr. WAITZ: I³ 136-137, dove sono presenti in ugual misura la riservatezza del ricercatore di fonti e la risolutezza della veduta costituzionalistica. Vi si legge fra l'altro: « villaggi di contadini puramente dipendenti, servi, dove il Signore sia stato contemporaneamente capo, a quanto appare, almeno nel tempo più antico, non vi sono stati ».

55. WAITZ: I³ 140 nota 2. Quanto alle opinioni rigettate, si tratta di: K. G. ANTON *Geschichte der deutschen Landwirtschaft* (1799), J. MAJER *Germaniens Urverfassung* (Hamburg 1798), e Ch. THIERBACH *Ueber germanischen Erbadel* (Gotha 1836). Tutte traggono origine da un'età in cui il pensiero del liberalismo organico non era ancora giunto ad improntare decisamente la coscienza pubblica.

56. WAITZ: I 185: lo Stato sorge « quando le singole comunità di popolo si riuniscono in unità politica »; inoltre WAITZ: I 44 e 223.

57. WAITZ: I 223.

che rende possibile ‹realiter› uno sviluppo evolutivo organico di tal genere, sono fin dal principio presupposte. « Ma nella comunità doveva (!) regnare la pace » viene proclamato in tutta semplicità e chiarezza.[58] Pace e libertà, intesi come pace generale e come diritto statale, garantito dall'autorità, sono per Waitz « concetti la cui fondazione precede ogni storia ».[59] Certamente egli riconosce la vendetta come alternativa di fatto alla pena pubblica, le fonti parlano chiaramente di ciò; ma egli non può accettare un diritto di faida. L'esercizio della faida, anche fra intere famiglie, viene accolto come dato di fatto: « ma ciò non costituisce alcuna prova che fosse realmente diritto ciò che appariva come tale. Al contrario, ciò era contro il diritto ». Infatti — così suona la sua argomentazione — fin tanto che esisteva il concetto di diritto, era impossibile che potesse costituire dovere la difesa del non-diritto e la protezione di coloro che commettevano il male; « il concetto di ordinamento e di diritto deve qui essere stato più forte del legame della famiglia ».[60]

Viene alla ribalta a questo proposito un pensiero ed un problema che è del tutto legato alla realtà dello Stato moderno e alle istituzioni ed ai concetti appartenenti a questa realtà. Descrivere in modo aderente alla realtà concreta la definizione del rapporto amico-nemico di un mondo politico non ancora ordinato secondo lo schema Stato-Società, è del tutto impossibile.[61] Ma in tal modo viene completamente preclusa la possibilità di indagare le linee strutturali interne della costituzione tedesca antica e medioevale.

III.

Ciò è manifesto anche nella trattazione dello sviluppo costituzionale merovingio-franco e medievale. Le posizioni dottrinarie e gli schemi interpretativi dai quali Waitz anche qui procede, sono gli stessi che hanno condotto al quadro della costituzione germanica come di una entità statale ordinata in senso libertario-costituzionalistico. Anche i punti di osservazione particolari della sua descrizione sono chiaramente contrassegnati da tali schemi. Dopo che Waitz ha già riscontrato nell'antica costituzione germanica gli elementi

58. Waitz: I 186.
59. Waitz: I 186.
60. Sull'insieme Waitz: I 190-197 e 209-210.
61. Che sia stata proprio opera dello Stato moderno di aver superato all'interno del suo territorio chiuso tutti i raggruppamenti fondati sul rapporto amico-nemico e di aver costituito un legame unitario di pace, è stato pienamente riaffermato, contro una coscienza liberale divenuta ‹aprioristica›, da C. Schmitt *Der Begriff des Politischen* (Berlin 1931²) 36-45, 55-65. I numerosi equivoci e fraintendimenti ai quali fino ad oggi questo scritto è andato incontro, mostrano fino a che punto questa coscienza liberale influenzi tuttora la conoscenza scientifica. Per il Medioevo Otto Brunner ha in seguito dimostrato, sulla base di una ricca documentazione di fonti, il significato costitutivo del rapporto amico-nemico per l'ordinamento politico: cfr. O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., 21-23.

di un ordinamento statale di tipo costituzionale compiuto, per le epoche successive non si può far altro che indagare sulla loro continuità, sul loro sviluppo e sul loro compimento oppure sul loro progressivo declino. Che esista una comunità statale unitaria e un popolo pensato in termini di cittadinanza, che ci sia un comune diritto pubblico e ‹leggi› efficaci, tutto ciò è presupposto fin dall'inizio.

1. In questo senso la costituzione carolingia è caratterizzata talora dal consolidamento della costituzione territoriale ed organizzativa dello Stato, talora invece dal rafforzamento del potere monarchico e dal venir meno della libera collaborazione del popolo alla formazione statale. Tutti i problemi costituzionali vengono riportati al tempo presente. La monarchia progredisce lungo la strada dell'accentramento presso di sè delle prerogative delle Assemblee nazionali, aiutandosi in ciò con le spedizioni di conquista. Essa diventa realmente «la testa suprema dello Stato» e la titolare degli affari pubblici;[62] tutto il potere dotato di sanzione che prima spettava al popolo si trasferisce al Re e viene esercitato da ufficiali, in quanto suoi rappresentanti.[63] Il suo potere ormai non è più inerente al diritto delle persone, ma, in forza delle conquiste, è potere territoriale: «chi abita all'interno del territorio conquistato è ora sottoposto al Re».[64] Le competenze che il Re possiede corrispondono in tutto a quelle del Monarca costituzionale e alla sua prerogativa: decisione su guerra e pace, rappresentanza dello Stato verso l'esterno, comando dell'esercito, nomina degli ufficiali, attività legislativa e potere giurisdizionale.[65] Tutto ciò viene stabilito in termini strettamente giuridici, dopo essere stato dedotto dalle fonti e dalle ‹formulae›, benchè Waitz, in considerazione delle cronache di Gregorio di Tours — che egli adopera fruttuosamente e senza riserve[66] —, debba ammettere che la condotta d i f a t t o del Re derivava dal non riconoscere nessun'altra limitazione, tranne «l'opposizione più violenta ed il potere superiore».[67] Ciò accresce per ripercussione il potere e l'arbitrio dei Grandi i quali non solo combattono le aberrazioni del potere regio, ma finiscono per indebolirlo e distruggerlo gradualmente.[68] Ciò tuttavia non suscita ancora in Waitz, alcuna considerazione contro la ‹costituzione› descritta.

Accanto al potere regio esiste una compiuta organizzazione amministrativa. Qui Waitz si muove palesemente nell'ambito dei dati caratteristici degli Stati del XVIII e XIX secolo, organizzati in senso gerarchico-istituzionale:

62. Cfr. WAITZ: II 580 ss, 586-587; inoltre 29-36 sugli ordinamenti della ‹*Lex Salica*›.
63. WAITZ: II 404-408.
64. WAITZ: II 88.
65. WAITZ: II 144-145; inoltre le considerazioni riassuntive alle pagine 586-590.
66. In particolare le note in WAITZ: II 132-139.
67. WAITZ: II 131.
68. WAITZ: II 131.

«... il paese è suddiviso in Marche che comprendono un territorio preciso, ma che coprono, delimitandosi reciprocamente, l'intero ambito del Regno. Le Marche si riuniscono in Centene, queste in Distretti, i Distretti in Province le quali infine nel loro complesso costituiscono il territorio del Regno».[69] Tutte queste sono ‹divisioni di ufficio› generali, uniformi, per quanto riguarda il loro significato giuridico-politico, e si estendono come una rete sull'intero Regno;[70] prova di ciò è la dimostrazione di una continuità fin dal tempo di Tacito e la frequente presenza di ‹centena›, ‹huntari› e ‹pagus› nelle fonti del tempo.[71] La rappresentazione e l'interpretazione della struttura interna di questa amministrazione trova il suo punto di orientamento nel dualismo di amministrazione statale e locale, nei termini in cui si poneva per lo Stato costituzionale del XIX secolo. È di «indubbia importanza», dice Waitz, per l'interpretazione della situazione politica, individuare il rapporto esistente in quest'epoca fra i liberi capi delle comunità e gli organi dell'amministrazione regia; se cioè: «i capi delle comunità provengano da queste ultime agendo inoltre contemporaneamente come rappresentanti del Re», o se, viceversa, «gli ufficiali regi abbiano anche le competenza degli ‹anziani› di una comunità»: più importante ancora è la misura in cui singole persone esercitano in proprio o possono trasferire diritti autoritari.[72] In questo senso vengono caratterizzati i singoli ufficiali: il Tribuno o Borgomastro, in quanto capo della comunità, non è un ufficiale elettivo dell'amministrazione locale, ma viene nominato dal Re: è un funzionario statale, che esercita il controllo sul territorio comunale, e detiene, fra le altre prerogative, la presidenza dell'Assemblea di villaggio;[73] il capo della ‹centena› è al contrario un impiegato eletto dal popolo con potere proprio, ma per questa stessa ragione, è limitato a compiti di giudicatura e senza speciali competenze regio-statuali, come la presidenza del Tribunale, il potere di coazione, gli affari finanziari:[74] come istanza suprema dell'amministrazione statale, come «organo generale del sussistente potere del signore», nelle differenti parti del Regno, vi è infine il Conte. Esso è ufficiale in senso stretto, nominato dal Re come suo rappresentante: ad esso è affidata la cura dei suoi interessi, per mezzo dell'esercizio del potere supre-

69. WAITZ: II 264.

70. WAITZ: II 274 ss per le ‹centene›, 282-283 per i ‹pagi›, 296 per le ‹provinciae›.

71. Che in verità vi fossero le ‹centene› solo dove si trovavano insediamenti militari regi, e che ‹Huntar› indichi qualcosa di completamente diverso, probabilmente distretti signorili nobiliari, è stato dimostrato da H. DANNENBAUER *Hundertschaft, Centena, Huntari* cit., specialmente 197-205, 214-227. Per la necessaria differenziazione fra le così dette ‹contee unitarie› numerose ragioni sono state portate da A. WAAS *Herrschaft und Staat* cit., 154 ss, 160 ss, 181 ss.

72. Cfr. WAITZ: II 302 (nell'Introduzione alla Sezione V).

73. WAITZ: II 310-311.

74. WAITZ: II 314-317: i funzionari dotati di immunità vengono istituiti accanto ai sindaci e ai capi delle ‹centene› ed in tal modo vengono inseriti nella costruzione organizzativa unitaria: cfr. WAITZ: II 318-319.

mo.[75] Il Duca non ha, in questo sistema, nessuno spazio fra il Conte e il governo centrale del Re; la sua posizione è analoga a quella di un grande Conte, in quanto risulta, per Waitz, dalla « riunione di più Gaue sotto un unico ufficiale ».[76]

Sulla base di questa ricostruzione, è comprensibile che Waitz scorga la deficienza della costituzione merovingia nel fatto che libertà popolare e monarchia non avevano avuto una perfetta fusione al vertice della vita dello Stato.[77] « La comunità dei liberi, che costituiva il nucleo del popolo, partecipava troppo poco all'organizzazione dello Stato »[78]: non si era trovato il compromesso costituzionale. Solo nell'ambito dell'amministrazione locale, nelle comunità di villaggio e nelle ‹centene› l'antica libertà nazionale aveva ancora il suo spazio; per il resto mancava la partecipazione « reale e legale » dei « liberi membri del popolo » agli affari generali.[79]

Non sfuggono certamente ad un conoscitore delle fonti come Waitz i numerosi riferimenti e i dati di fatto originari a favore dell'ipotesi di una struttura costituzionale aristocratica, nella quale la monarchia, come potere supremo, solo gradualmente, con alterno successo e con l'aiuto altrui, poteva guadagnare terreno nei confronti dei suoi ‹fedeli›, o almeno mantenere la posizione di forza fondata all'epoca delle conquiste.[80] Ma egli, in base al modello costituzionale di stampo liberale-costituzionalistico da lui presupposto, non poteva intenderli diversamente poichè diritto proprio e potere proprio della Nobiltà — in quanto forze distruttive, extra-costituzionali, che spezzano la « comunità generale dei sudditi », introducendo nella costituzione elementi di diritto privato — possono essere interpretati solo come tendenza degli ‹ufficiali› verso l'autonomia e l'ereditarietà delle cariche, come aumento di potenza e arbitrio dei Grandi; i caratteri relativi al seguito e alla signoria di casa del potere regio che si esprimono nel ‹mundio› regio, nelle suddivisioni territoriali e nei privilegi di immunità,[81] possono venire intesi solo come il loro « aspetto giusprivatistico » che gradualmente si estende anche alla posizione del Re come « capo dello Stato », come organo statale.[82] Fin dall'inizio dunque,

75. WAITZ: II 319-320, 323-324; sulle sue competenze singole, che dalle *Formulae Marculfi*, da Gregorio e da alcuni documenti vengono dedotte come generali, WAITZ: II 326-330. Nel periodo merovingio i Conti venivano, secondo Waitz, nominati e deposti, rimossi e trasferiti dal Re: WAITZ: II 333-334.

76. WAITZ: II 343.

77. WAITZ: II 495-496.

78. WAITZ: II 496.

79. Il passo citato si trova in WAITZ: II 584; cfr. inoltre 596-597.

80. In questa direzione si muovono anche le nuove ricostruzioni delle condizioni costituzionali merovinge: cfr. H. MITTEIS *Adelsherrschaft* cit., 234-237; W. SCHLESINGER *Herrschaft und Gefolgschaft* cit., 162-166; A. WAAS *Herrschaft und Staat* cit., 334-338.

81. Su ciò W. SCHLESINGER *Herrschaft und Gefolgschaft* cit., 155-166, 168-172.

82. Cfr. WAITZ: II 596-604, 606-610, specialmente riguardo all'« aspetto giusprivatistico » del potere regio.

accanto all'ordinamento costituzionale descritto, sono presenti anche le forze del suo superamento attraverso la corrosione provocata dalla signoria privata.[83] Il Capitolo conclusivo del secondo volume su « Carattere e struttura della costituzione carolingia »,[84] nel quale Waitz descrive questa coesistenza, fa sorgere immediatamente nel lettore la domanda: quando infine l'ordinamento monarchico-costituzionale descritto così precisamente si sia realizzato compiutamente in senso proprio, dal momento che le forze di corrosione e di superamento erano al lavoro già dall'inizio.

Il quadro costituzionale di stampo ottocentesco presupposto non viene mai in alcun modo messo in discussione da Waitz. Egli è così strettamente legato alle sue posizioni dottrinali e ai suoi concetti che il carattere, anche solo in linea di principio, non statuale di questi ordinamenti non costituisce per lui una alternativa pensabile. Al contrario gli appare come il grande compito di Pipino e dei suoi successori di ricostruire, fin dov'era possibile, l'unità del Regno, e « gli antichi ordinamenti della costituzione » e « di spezzare tutti i poteri autonomi che erano sorti dovunque sul territorio gallico, collocando di nuovo (!) le singole città e i territori in vera dipendenza dal centro del Regno, assicurando così gli strumenti di una signoria forte e potente ».[85]

2. In questo senso il consolidamento dell'autorità regia attraverso i Maggiordomi appare come una specie di « seconda realizzazione » del Regno franco,[86] portata innanzi fino al suo compimento da Carlo Magno, il cui Impero reca i segni di uno Stato moderno, compiuto, dotato di una organizzazione amministrativa ben costruita e fondata su basi gerarchiche,[87] di una costituzione giudiziaria[88] e di funzionari ‹statali›.[89] Waitz sviluppa un quadro analogo a quello che abbiamo già trovato in Möser ed Eichhorn:[90] non vi è qui bisogno

83. Waitz: II 611-614, 623-624, 633 ss, per la posizione costituzionale e di forza dei Grandi; 615-622 per gli Editti di Clotari II; inoltre anche 696-604.

84. Waitz: II 581-651.

85. Waitz: II 649; III 11.

86. Waitz: III 46.

87. I suoi punti deboli sono il governo regio centrale e la « amministrazione delle singole ‹Gaue› o distretti per mezzo di Conti » (Waitz: III 319-326); i ‹regna› corrispondono all'incirca a Province aventi i figli del Re come Governatori (Waitz: III 301-309), i Centenari e i Vicari sono « ufficiali subalterni » del Conte, capi di suddivisioni della Contea oppure suoi rappresentanti nel complesso (Waitz: III 331-336), le città non hanno in alcun luogo funzionari propri, solo capi locali nel senso dell'antica costituzione di villaggio (Waitz: III 342).

88. L'intera giurisdizione è « statale », cioè delegata dal Re (Waitz: IV 400); Tribunale comitale come Tribunale pubblico generale (Waitz: IV 308-318), ‹messi regi› con Tribunale proprio all'interno della competenza del Conte e potere di controllo sulla giurisdizione comitale (Waitz: IV 349-354), Tribunale regio come Tribunale supremo: diniego di giustizia, istanza superiore, delitto politico (Waitz: IV 402-410).

89. Conti come ufficiali: Waitz: III 326-329; in generale III 343-344.

90. Cfr. ‹retro› Capitolo 1 IV e 2 III 2.

di descriverlo minutamente. Tuttavia dove in Möser ed in Eichhorn erano presenti i tratti specifici dello Stato per ceti, viene ora alla ribalta in Waitz la problematica costituzionale ottocentesca.

Così è per il trasferimento del punto cruciale organizzativo-istituzionale dalle Contee missatiche (distretti missatici) ai Conti. In Möser ed in Eichhorn erano quelle le componenti decisive dell'organizzazione amministrativa: autorità superiori ovvero ‹dipartimenti generali› con precise competenze di controllo, d'intervento e di decisione;[91] in Waitz al contrario il Conte diventa, con le sue competenze generali per l'esercito, i tribunali, le finanze e la polizia, la pietra angolare del sistema degli uffici,[92] mentre i ‹missi› del re — più vicini alla realtà concreta — assumono un carattere più straordinario, di natura commissariale e derivano le loro competenze dalle istruzioni e dalle procure loro concesse di volta in volta.[93] Non si va lontano dal vero se si conclude che su queste diverse interpretazioni hanno svolto un grande influsso rispettivamente, da una parte gli uffici centrali del Signore territoriale per le singole parti del paese con la loro funzione superiore di controllo e di unificazione (XVI-XVIII secolo), dall'altra gli uffici amministrativi statali inferiori del XIX secolo, con la loro estensione a rete, come il ‹Consiglio provinciale› prussiano.

Allo stesso modo questo mutamento di prospettiva appare chiaro quanto alla natura e alla funzione attribuite alle Assemblee imperiali. Per Eichhorn esse erano Diete imperiali nel senso del XVI e XVII secolo, con i ceti come membri dotati di diritto di voto e con una procedura analoga alle discussioni della Dieta dell'Impero;[94] per Waitz, anche quando coloro che propriamente trattano e decidono sono gli « ufficiali dello Stato e della Chiesa » e altri notabili per i quali la partecipazione significava più un dovere che un diritto,[95] si tratta ancora in linea di principio di una Assemblea popolare, il proseguimento dell'antico « campo di marzo ». « Non si può dubitare che sussista un diritto generale dei liberi a ritrovarsi alle grandi riunioni annuali, le quali proprio per ciò si chiamano generali ».[96] Queste Assemblee sono una manifestazione della concezione ‹tedesca› dello Stato, secondo la quale « in ogni epoca è presente una collaborazione di Signore e Popolo nelle questioni più importanti ».[97] Che in esse decidano gli ufficiali e i notabili non contrasta con ciò, dal momento che esse agiscono « in nome della totalità » e possono venire intese « come una specie di rappresentanza del paese ».[98] Corrispondentemente

91. Cfr. negli stessi luoghi.
92. WAITZ: III 372 ss, per l'ambito di competenza 380-384.
93. WAITZ: III 372 ss.
94. Cfr. ‹retro› Capitolo 2 III 2, pagina 95, con le prove colà portate.
95. WAITZ: III 500-501 e 485-486.
96. WAITZ: III 486-487.
97. WAITZ: III 500.
98. WAITZ: III 501.

i compiti delle Assemblee vengono considerati secondo il dualismo proprio della costituzione ottocentesca: si giunge alla precisa distinzione fra delibera e approvazione, senza tuttavia riuscire a precisarla. Ma Waitz si giustifica: anche Carlo Magno teneva conto dell'antica usanza germanica che la volontà e la decisione di un singolo non potesse prevalere sul bene e sui problemi dell'intero popolo.[99]

3. Sulla base di questo quadro della costituzione carolingia, lo sviluppo costituzionale dei secoli successivi si comprende soltanto come processo di superamento e di progressivo declino di quella costituzione stessa. Ciò che le fonti dell'epoca successiva mostrano: poteri sempre più autonomi di natura ducale (più tardi anche comitale), di ‹avvocazia› e di signoria fondiaria, influsso sempre maggiore del sistema feudale sulla strutturazione dell'ordinamento costituzionale, manifesta ed alterna contrapposizione fra Monarchia e Grandi, (più tardi vassalli), estensione e sempre solo parziale limitazione della faida, costituzione di Principati autonomi — tutto ciò può essere rappresentato solo come il risultato di forze corruttrici, particolari, usurpanti un potere preesistente se come punto di partenza viene posto uno Stato costituzionale con tutti i segni distintivi di una moderna statualità.[100] La statualità ordinata in senso costituzionalistico, dalla quale Waitz procede, diventa per lui necessariamente il criterio di giudizio degli avvenimenti successivi e condiziona anche i concetti con i quali questi ultimi vengono descritti. I problemi dell'intensificazione delle Signorie e delle Contee allodiali, della costituzione di Signorie e di Territori, della graduale formazione di ordinamenti statali nei Territori, sulla base di rapporti di signoria molto stretti, del sempre nuovamente e per diverse strade tentato sopravvento e fusione di forza e signoria nobiliare autogena[101] non p o s s o n o per lui assolutamente porsi in quanto tali. Il grande tema che contraddistingue il periodo dal IX al XII secolo è per Waitz sopra tutto la questione di quanto a lungo l'ordinamento statale e le sue istituzioni si mantengano ancora in vita e in qual modo si compiano la sua progressiva rivoluzione e il suo superamento attraverso forze personali, di signoria privata e particolari. A ciò sono dedicati gli ultimi quattro volumi della *Verfassungsgeschichte*.[102]

99. Cfr. Waitz: III 497-499.

100. Cfr. su ciò Waitz: IV 538-539; VIII 415-417, 418 ss; VI 420 ss, dove si parla delle violenze inferte da parte delle classi guerriere « contro ogni diritto » ai pacifici contadini della campagna e agli abitanti delle città, della « diffusione dell'autodifesa » e della crescita del senso guerriero nelle città, come ragioni di fondo del fatto che la pace generale viene posta in pericolo.

101. Questi problemi sono singolarmente affrontati in modo più dettagliato da K. S. Bader *Volk, Stamm, Territorium* cit., sopra tutto 256-264, 270-276; T. Mayer *Die Ausbildung der Grundlagen* cit., 298-304, 307-309, 310-313.

102. È caratteristico il titolo principale dell'Indice sommario nei volumi V-VIII: « La costituzione dell'Impero tedesco fino alla piena signoria dell'ordinamento feudale ». Waitz: V 118, afferma a questo proposito che il compito consiste nel rappresentarsi la costituzione del periodo

Waitz cerca di prolungare il più possibile questo processo di dissoluzione e di superamento in modo da potere attribuire ancora a lungo agli elementi statuali e costituzionali una qualche efficacia, seppure ridotta.[103] Ciò vale, in primo luogo, per il potere regio. Certamente la posizione del Re viene limitata e indebolita dal sistema feudale, attraverso il quale anche gli uffici vengono sempre più trattati come feudi e si instaura un vassallaggio composito — anche senza manifesto rapporto di fedeltà nei confronti del Re[104] — in seguito alla progressiva ereditarietà degli uffici e delle cariche la cui concessione « in sè senza dubbio spettava al Re »;[105] ma il Re rimane tuttavia per Waitz ancora il « portatore del potere statale », il « titolare supremo di ogni potere giurisdizionale », al quale spetta ancora totalmente anche la decisione su « chi, sotto di lui e con lui, doveva occuparsi degli affari di governo ».[106] « Ogni potere, anche il più forte, agiva come espressione di quello regio, era derivato da questo, ne era insomma solo una rappresentanza ».[107]

La grande insidia a questa situazione — e la crisi conseguente — viene portata dalla opposizione dei Principi e della Chiesa ad Enrico IV. Ora i poteri superiori che hanno in loro mano i diritti statali vengono alienati dal servizio regio, e « l'intero ordinamento del Regno viene insidiato », poichè viene proclamato il diritto di resistenza e la liberazione dal giuramento.[108] Questa tesi è oltremodo caratteristica di una interpretazione procedente dal quadro statale della costituzione liberale ottocentesca: la bilateralità di tutti i rapporti di signoria, che è caratteristica nel Medioevo e qui particolarmente manifesta, deve apparire come insidia ed elemento di rottura, poichè contrasta con lo Stato moderno, titolare della sovranità e del monopolio della produzione del diritto; solo una partecipazione agli affari statali, non invece un diritto di opposizione o una propria libertà signorile, è possibile e può costituire il contenuto della libertà politica tedesca. Il mutamento delle condizioni politiche si deve presentare in modo che, a questo punto, numerosi potenti reclamino per sè e si valgano di questa partecipazione (di tipo costituzionale-liberale) allo Stato, cosicchè l'antica libertà politica diventi un affare dell'ari-

« poichè ancora (!) la monarchia era il punto centrale di tutti gli ordinamenti e i poteri, poichè le condizioni generali dello Stato non erano ancora dominate e respinte del tutto... da quelle del sistema feudale ».

103. G. von Below *Der deutsche Staat des Mittelalters* cit., 70-71, ha osservato con ragione che Waitz si è tenuto al momento statuale nella costituzione imperiale per un periodo di tempo ancora più lungo di quanto non si possa concludere sulla base dei primi volumi.

104. Cfr. Waitz: VI 24-25 sull'allargamento dei feudi d'ufficio, 45-46 su molteplici vassallità e riserve di fedeltà; inoltre anche 391.

105. Waitz: VI 499.

106. Waitz: VIII 2; VI 310.

107. Waitz: VIII 480.

108. Waitz: VI 398 ss; VIII 434, 442.

stocrazia, mentre la libertà generale dei ceti, che caratterizzava l'Impero di Carlo Magno, viene ridotta a designare rapporti di difesa e di dipendenza.[109]

La Contea è il punto di partenza e l'istituzione portante dell'intera struttura organizzativa dell'Impero. Il ‹Conte di borgo› ⟨Burggraf⟩ è Conte con un ambito d'ufficio limitato territorialmente;[110] il ‹Conte di provincia› ⟨Landgraf⟩ è Conte su un territorio più ampio, è appunto ‹Landgraf›, e riunisce in sè più diritti comitali:[111] il ‹Conte di marca› ⟨Markgraf⟩ è Conte di confine, ha in ogni caso solo diritti comitali ed è originariamente un ufficiale.[112] Sono tutti distretti, più o meno grandi, con un potere d'ufficio sostanzialmente analogo, comunque sempre in rapporto di delegazione nei confronti del Re; non sono ordinamenti signorili concreti, ciascuno con il loro proprio principio costitutivo. Chiaramente il Ducato fuoriesce da quest'ambito: esso rappresenta una nuova costruzione in contrapposizione alla costituzione carolingia degli uffici, è un « potere provinciale » complessivo, da una parte con competenze analoghe a quelle del Re, dall'altra sottoposto al Re. Waitz non riesce a trovarle una precisa collocazione nel suo sistema di struttura organizzativa, pensato sulla base dell'organizzazione amministrativa dello Stato.[113] In questo senso è sintomatica la critica della politica ducale di Ottone il Grande: « da poteri provinciali autonomi, che si sottomettevano solo al Re, in quanto capo del Regno, essi sono diventati anelli di una catena di titolari e portatori di diritti statali, che stavano in parte sotto, in parte sullo stesso loro piano: insieme a questi essi formarono la classe dei Principi... ».[114]

Anche la giurisdizione ha carattere statuale. Certamente Waitz vede che speciali ambiti di diritto « feudale e curtense », con giurisdizioni corrispondenti, si formano da « diversi rapporti di dipendenza » — come egli dice —, ma si può qui parlare di una vera giurisdizione solo « quando il potere statale la riconosce » o quando essa viene vincolata in modo essenziale con un potere trasferito statalmente.[115] Waitz scorge i fondamenti della giurisdizione nel potere

109. Waitz: VI 503 e 407.

110. Waitz: VII 41 ss.

111. Waitz: VII 56-61.

112. Waitz: XII 63-64, 84-85, 90. La caratteristica peculiare del ‹Conte di marca› è sostanzialmente soltanto che egli esercita i diritti comitali « in un territorio più ampio » (pagina 84).

113. In tal modo Waitz introduce, nei confronti del Conte, una soprastruttura (Waitz: VII 155-156), ma d'altra parte precisa chiaramente che il Duca come giudice veniva imposto solo ai Conti (Waitz: VIII 47); nei confronti dei ‹Conti di marca› egli parla di un ordinamento parallelo (Waitz: VII 147 ss), benchè in sè egli consideri la ‹Contea di marca› solo come una Contea più ampia (Waitz: VII 83-84, 84-85); il fondamento vero e proprio dev'essere fornito dal potere di eribanno (Waitz: VII 131), mentre fra i diritti esercitati dal Duca sta in primo piano la giurisdizione (Waitz: VII 125) e viene assunta anche nei confronti di fondazioni e monasteri una posizione di decisa superiorità signorile (Waitz: VII 145-147).

114. Waitz: VII 124.

115. Waitz: VIII 1 e 2.

di banno che è sempre della stessa natura statale e che deve ricondursi strettamente al Re.[116] I molti concreti diritti di banno che egli stesso ricava dalle fonti sono solo contrassegni relativi ai distretti giurisdizionali. Se un banno viene concesso non direttamente come regio, esso ha ugualmente natura regio-statuale, poichè esso è legato all'ufficio stesso, che è sempre statale:[117] in tal modo viene comunque garantito il principio della delegazione statale. Waitz porta, almeno per quanto concerne i tribunali comitali, qualche prova di ciò.[118] Ma la ragione decisiva è certamente un'altra: dal momento che Waitz pensa completamente in termini di categorie statali, come alternativa al potere statale sussiste soltanto un potere giurisdizionale privato, patrimoniale, derivato dalla proprietà. Ma ciò riposerebbe, almeno per quest'epoca, su una « inesatta descrizione della situazione ».[119]

In particolare Waitz, dove mancano fonti specifiche, si richiama allo sviluppo della costituzione carolingia, sopra tutto riguardo alla giurisdizione comitale, che costantemente è quella « ordinaria », dal momento che costituisce il tribunale di « tutti i liberi ».[120] Dove il materiale delle fonti è più ricco, l'edificio costituzionale di stampo statale presupposto diventa d'altra parte sempre più fragile e manca di un chiaro apprezzamento.[121] Verso la fine della trattazione si apre finalmente la strada, per un attimo, ad un'osservazione aderente alla realtà: che la giurisdizione è il nucleo della potenza politica e sopra tutto della signoria autoritaria, che essa apre il cammino alla costruzione della signoria, ed è anzi sopra tutto fondamento « per una posizione non puramente autoritaria, ma signorile », anche nei confronti dei ‹liberi›.[122] Ma ciò non può essere elaborato e compreso in termini di diritto costituzionale: immediatamente Waitz si rifugia di nuove nelle categorie statali: è « dovunque » il « potere giurisdizionale pubblico e statale » che viene maneggiato, dovunque esso viene

116. Waitz: VIII 5-6.

117. Waitz: VIII 7-9 con le note sui poteri di banno, 5-6 su ogni banno, in quanto banno regio.

118. Ad esempio ‹*Sachsenspiegel Landrecht*› I 59 § 2; III 64 § 5; ‹*Deutschenspiegel*› 82 §§ 1 e 2, 318-321; inoltre i Tribunali « imperiali » segreti e territoriali.

119. Cfr. Waitz: VIII 7: « Se si assume che in modo del tutto diverso da ciò (cioè dal banno regio) sia esistito un banno proprio del signore terriero, cioè relativo al libero possesso della terra, un potere di sanzione e di giurisdizione proveniente dalla proprietà, dunque di natura giusprivatistica, libera da ogni legame con lo Stato, ciò si basa su una inesatta rappresentazione della situazione storica ».

120. Cfr. Waitz: VIII 47 e 55; particolarmente a pagina 50: « In generale tanto il fondamento originario che il carattere successivo è sempre lo stesso: tutto si basa sul corpo della costituzione carolingia ». A pagina 62 sulla competenza: « ... anche qui strettamente aderente alle posizioni del periodo carolingio ».

121. Waitz: VIII 62-78 con riguardo ai tribunali dell'‹avvocato›, alla relazione fra tribunali religiosi e laici, alla posizione dei tribunali cittadini.

122. Waitz: VIII 92-93.

ricondotto al Re come al suo « titolare supremo », solo in « condizioni speciali » esso si lega a competenze di differente natura.[123] È inevitabile che a ciò segua — suonando come potenziale capitolazione — l'osservazione: « ma questo diritto ideale si fa da parte davanti alla forza delle cose »: in tal modo la giurisdizione può cessare di essere vista come « puramente statale ».[124]

IV.

Se si esamina ancora il quadro generale delle condizioni costituzionali, come appare in Waitz, devono essere presi in considerazione da vicino concetti ed istituzioni tipici di esso. Balzano subito in prima linea alcuni tratti che sono caratteristici in modo particolare del carattere non statuale degli antichi rapporti costituzionali, come l'immunità, il potere di ‹mundio› e la difesa della pace, la costituzione militare e finanziaria ed i rapporti di ceto.

1. Riguardo all'immunità, Waitz non può descriverla altrimenti che come carenza dello Stato e come espressione di una concezione giusprivatistica del potere pubblico, che incide sulla struttura della costituzione stessa. Egli individua la sua origine nel diritto romano: là essa significava esenzione dalle imposte e dai tributi e riguardava in ogni caso i beni fiscali, per necessità interne, « poichè il loro reddito e le loro imposte sarebbero affluite comunque nella medesima Cassa ».[125] Che essa sia diventata nel Regno merovingio e franco il fondamento per una giurisdizione propria e per un potere signorile del signore immunitario, Waitz lo sostiene in base alla « confusione tipicamente tedesca fra situazioni di diritto privato e pubblico ».[126] Il Re trasferì tutti i diritti che erano attinenti al patrimonio regio dotato di immunità e poichè non si distingueva fra la sua posizione di signore (privato) e di sovrano (statale), vennero dati in concessione anche i diritti pubblici, dapprima solo nella loro parte finanziaria, in seguito anche nel loro complesso; da ciò è derivato tutto il resto.[127] « Poichè i diritti pubblici vengono trattati come proprietà privata, accade che un proprietario terriero li riceve, in quanto pertinenza del suo fondo, nè più nè meno che come prodotto della terra; la sua proprietà si trasforma in diritto signorile... i grandi complessi di beni (appartenenti a privati o a fondazioni) costituiscono signorie di diritto statale ».[128] Solo in circostanze parti-

123. Waitz: VIII 93-94.
124. Waitz: VIII 94.
125. Waitz: II 574.
126. Waitz: II 575 ss.
127. Waitz: II 574-578; IV 254-256.
128. Waitz: II 578.

colari, sopratutto nella giurisdizione criminale e regolarmente nell'eribanno, essi sono sottoposti al potere comitale, e sono collegati, come distretti speciali, con le « comunità pubbliche » solo attraverso il signore immunitario.[129] Infine essi ottengono il carattere di « territori o signorie speciali separate dal restante corpo del regno ».[130]

Questa è ancora l'interpretazione corrente dell'immunità offerta dai manuali dei nostri giorni.[131] Waitz argomenta qui chiaramente non solo partendo dal presupposto di un potere statale già formato, ma anche usando concetti di ‹proprietà› e di ‹privato›, che per parte loro sono legati alla formazione dello Stato moderno e alla separazione di Stato e Società: quella proprietà completamente non-politica, spogliata di ogni ‹dominium›, divenuta proprietà terriera, può esistere infatti solo in un mondo nel quale ogni potere signorile è concentrato e monopolizzato presso un potere statale unitario e a quest'ultimo è contrapposta una Società spoliticizzata di sudditi privati.[132] Prima che si verificasse questa separazione non vi era nessuna proprietà terriera ‹privata›, dalla quale derivassero ‹in modo patrimoniale› diritti signorili in sè pubblici, ma soltanto l'esercizio della signoria e la garanzia della difesa da parte di un signore all'interno del suo ‹dominium› o della sua ‹proprietà›. Ciò caratterizzava l'ambito del suo diritto di signoria e di difesa, all'interno del quale sussistevano molteplici sfumature di ‹proprietà› e di dipendenza.[133] Intorno a questo esercizio della signoria, ai suoi confini, ai suoi legami, alla sua espansione si svolse la contrapposizione tra i ‹proceres›, gli ‹optimates›, i ‹maiores natu› delle fonti, e gli ‹ufficiali› che aspiravano all'ereditarietà e che più tardi sarebbero divenuti vassalli — in parte sottoposti gli uni agli altri, per il resto in rapporto con la monarchia, la quale per parte sua tendeva alla stabilizzazione di un ordinamento signorile in espansione, avente carattere di ufficio.

In questo contesto rientra anche la concessione, l'attestazione e il riconoscimento di immunità, la ‹dotazione› di diritti statali e così via.[134] Per Waitz i concetti di ‹proprietas›, di ‹proprium› e simili significano sempre signoria reale giusprivatistica, nel senso della dottrina della proprietà del XIX secolo, orientata romanisticamente; e di conseguenza la donazione, la permuta,

129. Waitz: II 608-609, anche la nota 1 alla pagina 608; IV 266-270.

130. Waitz: IV 271.

131. Da ultimo ancora H. Conrad *Rechtsgeschichte* cit., I 194-195.

132. Questo punto è stato sviluppato più ampiamente ‹retro› al Capitolo 1 III 2. Cfr. anche O. Brunner *Altständische Gesellschaft* cit., 299-303, e W. Schlesinger *Herrschaft und Gefolgschaft* cit., 188-189.

133. Una descrizione di questo « concetto di proprietà » ci è offerta da Justus Möser nel suo breve saggio *Von echtem Eigentum*, nel suo *Gesellschaft und Staat* cit., numero 38, pagine 202-205, dove è ancora cosciente la distinzione fra ‹dominium› e ‹proprietas› e dove viene anche avvisato che la proprietà « pura » è stata precedentemente indicata con « advocatia » (!).

134. Cfr. su ciò H. Mitteis *Deutsche Rechtsgeschichte* cit., 56-58; A. Waas *Herrschaft und Staat* cit., 181 ss, 197 ss; A. Dopsch *Herrschaft und Bauer in der deutschen Kaiserzeit* (Jena 1939) 12-14.

la cessione di diritti e di persone vengono intesi come trasferimento di signoria reale e trattati come proprietà. Il problema della definizione del concetto, del significato proprio dei ‹termini› sopravvenuti dal diritto volgare, non si pone per niente, poichè la realtà statuale di tipo costituzionale-liberale è già presupposta.[135] In tal modo anche la posizione giuridica dei Monasteri di proprietà regia ⟨königlichen Eigenklöster⟩ può essere intesa solo nel senso che essi si trovano in parte nella proprietà (privata) del Re, mentre per il resto su di essi vengono esercitati diritti sovrani, i quali però, poichè si tratta di Monasteri regî, vengono considerati come proprietà.[136] Ed ogni attestazione di ulteriori diritti signorili in capo a colui che ha ricevuto l'immunità, sopra tutto in capo ai Vescovi sotto gli Imperatori sassoni, appare come concessione in proprietà, come disposizione giusprivatistica di « diritti statali ».[137]

Waitz intende l'immunità come un concetto unitario, astratto, che appartiene ad un sistema di concetti di diritto statale ben strutturato, in modo parallelo ai concetti di libertà, di autonomia amministrativa e di legge nel diritto statale della Monarchia costituzionale. Come per lui libertà significa la generale libertà di diritto statale e banno un diritto unitario di comando, risalente al re, così immunità significa la libertà di azione di ufficiali statali e (più tardi) l'attestazione di un potere giurisdizionale autonomo. Per mezzo della sua immensa conoscenza delle fonti, Waitz rintraccia anche il materiale che può rendere problematico questo concetto astratto. Egli deve perciò precisare che il concetto di immunità conosce un allargamento, allorchè con essa vengono concessi anche giurisdizione esclusiva e diritti comitali, poi libertà di elevare dazî, di eribanno, e di ‹avvocazia›:[138] che d'altra parte costituisce una forma più ristretta di immunità, riferita solo ad una parte della proprietà, come la casa, il giardino, i terreni cintati e simili;[139] che infine l'immunità appare spesso come conseguenza o contenuto del ‹mundium› regio.[140] Tutto ciò rimane tuttavia senza alcun effetto di diritto costituzionale. La conseguenza che con l'immunità, come con la libertà — per la quale ultima l'ha dimostrato per primo Hans Fehr[141] —, si tratta talvolta di un concetto concreto e che dunque ci sia da chiedersi: immunità da quale esercizio di signoria e nei confronti di chi?,

135. Cfr. su ciò anche A. Waas *Herrschaft und Staat* cit., 326-330.

136. Cfr. Waitz: VII 189-193. Lo stesso vale per le fondazioni e per le ‹avvocazie› ereditarie, che in ogni caso devono apparire come manifestazione del diritto di proprietà: Waitz: VII 380; le fonti richiamate parlano in questo caso di ‹dominium›.

137. Waitz: VII 202-203, 259, 264-265.

138. Giurisdizione e diritti comitali: Waitz: VII 228-236; libertà di dogana, di eribanno e di ‹avvocazia›: Waitz: VII 244-254, 370; IV 507-510, sempre con le rispettive note.

139. Waitz: VII 247 ss.

140. Waitz: VII 226-227.

141. H. Fehr *Zur Lehre vom mittelalterlichen Freiheitsbegriff*, in « *MIOG* » 47 (1933) 290 ss, sopra tutto 294; cfr. anche la recensione di Gerd Tellenbach a A. Waas *Die alte deutsche Freiheit* cit., in « *HZ* » 164 (1941) 576-583 dove viene riassunto lo svolgimento della discussione.

Waitz non può trarla dai suoi concetti astratti, appartenenti ad una realtà ordinata in senso statale. Questa conseguenza gioverebbe invece a risolvere qualche enigma. Essa spiegherebbe anche che con la concessione di immunità come libertà signorile era necessariamente connessa anche l'attestazione o la conferma di un potere signorile proprio, poichè si trattava per lo più di rapporti fra diversi concreti poteri signorili e di ufficio, e che la sfera dell'immunità caratterizzava sostanzialmente, come ha affermato Otto Brunner,[142] la delimitazione di un ambito di esercizio autonomo della signoria, nei confronti di altri poteri, signorili o d'ufficio. Tali problemi non sorgono però mai per Waitz. Nei casi in cui le fonti lo spingono verso questo concetto concreto di libertà, svolgentesi all'interno di una relazione di signoria — come per la tendenza dei Monasteri verso la libertà — egli commenta: « il concetto di una libertà di tal genere è ancora (!) diversificato, implicando talora solo l'opposizione alla sottomissione ad un'altra signoria, altre volte invece principalmente il diritto alla libera elezione dei capi... in qualche caso infine anche l'immunità ».[143] Tutto rimane per lui in qualche modo enigmatico, poichè anche questi « Monasteri che hanno acquistato la libertà » sono ancora tenuti a prestazioni di differente natura e inoltre vengono annoverati fra i beni allodiali.[144]

2. Lo stesso è da dirsi per la trattazione del ‹mundio› regio, della speciale ‹pace› regia e del problema della ‹pace› territoriale. Di fronte al significato autentico e alla funzione politica della difesa regia e della pace regia, Waitz rimane sostanzialmente perplesso: esse sono per lui corpi estranei all'edificio costituzionale. La pace generale dello Stato sussiste già, e una pace speciale ha senso solo in quanto rafforzamento della prima.[145] Lo stesso accade per il ‹mundio› regio: per vedove ed orfani — per coloro cioè che sono privi della protezione famigliare — esso ha una funzione, per il resto invece non è altro che un rafforzamento del già esistente potere generale di difesa;[146] ma in tal modo esso instaura delle relazioni speciali nei confronti della persona del Re e non nei confronti dello Stato, che sono in ogni caso espressione dell'aspetto giusprivatistico del potere regio.[147] « Come in sè la pace doveva valere da ordinamento di diritto per tutti e in tutte le epoche, ed invece era... concessa o pattuita, esattamente lo stesso accade anche con la protezione regia: essa comprende e si riferisce all'intero popolo: ma viene anche concessa in casi particolari ».[148]

142. O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., 383-384.
143. Waitz: VII 222-223.
144. Waitz: VII 223-224.
145. Waitz: III 278-280; VI 449 ss.
146. Waitz: III 281; IV 198-202, 240.
147. Waitz: II 606 ss.
148. Waitz: VI 450.

Pace e difesa sono, come libertà ed immunità, concetti astratti appartenenti ad un ordinamento di diritto statale: lo Stato come comunità unitaria di pace, è sempre presupposto. Così a Waitz viene meno anche la chiave per una corretta conoscenza della pace territoriale: che essa abbia anche un carattere contrattuale, che in essa agiscano insieme legge ed accordo, egli può spiegarlo solo come rafforzamento dell'elemento locale, come espressione del graduale formarsi della costituzione.[149] E la necessità di così speciali riguardi per la ‹pace› ha il suo fondamento per lui non nella costituzione del tempo, che permetteva faida e « giusta violenza », ma solo nella prepotenza e nel desiderio di preda delle classi guerriere, nella ‹moda› dell'autodifesa e così via:[150] la pace non è una condizione da realizzare dal nuovo, ma in sè è già esistente. I dati di fatto della delimitazione temporale, del giuramento reciproco, dell'introduzione di luoghi particolarmente ‹pacificati›, vengono certamente affrontati da Waitz, ma restano — necessariamente — senza collocazione nello schema costituzionale presupposto.[151]

3. Passiamo ora alla costituzione finanziaria e militare. Per entrambe è in primo luogo d'importanza centrale il concetto di ‹libertà›. È per Waitz una premessa scontata, anche se resa esplicita solo sporadicamente, che l'esenzione dalle imposte personali e patrimoniali riguardasse l'essenza stessa dell'antica libertà tedesca;[152] solo donazioni e prestazioni di aiuto volontarie sarebbero esistite a favore del Re e dei Principi. Ciò era una conseguenza necessaria dell'idea della libertà germanica, posta da Waitz a fondamento dell'antica costituzione germanica.[153] La vera ragione di ciò stava nel diritto di approvazione delle imposte da parte dei ceti territoriali, al quale si aggiunse il diritto costituzional-liberale di bilancio, per il quale combatteva la borghesia. Poichè i ceti territoriali, nella concezione del tempo, non erano ceti signorili di diritto proprio che difendevano la loro propria libertà signorile, ma cittadini dello Stato, o ‹liberi›, politicamente privilegiati, anche la libertà dalle imposte, in quanto fondamento del diritto originario dei ceti all'approvazione delle stesse, doveva essere un attributo della libertà generale.

Da questo punto di partenza tutte le prestazioni fisse, le imposte e simili, esistenti nelle fonti, devono essere di natura privata, signorile, espressione di una dipendenza personale. Solo per un'età di transizione, l'efficacia persistente del sistema fiscale romanistico, che Waitz adduce per la Gallia del Sud e dell'Ovest,[154] può rendere possibile l'altra spiegazione. Ciò provoca enigmi su

149. Waitz: VI 431-435.
150. Waitz: VI 421 ss.
151. Waitz: VI 440-446.
152. Waitz: II 522, 524; IV 96.
153. Cfr. ‹retro› Sezione I II 2, pagine 123-124.
154. Waitz: II 525-529.

enigmi, poichè non raramente Waitz insiste, nell'esame delle fonti, sui così detti ‹homines liberi› o ‹ingenui› che posseggono terra e pagano l'imposta al Re o ai Conti, le cui prestazioni possono anche essere « condonate » dal Re, e che manifestamente costituiscono una parte essenziale del popolo.[155] Essi sono, secondo la denominazione odierna, i così detti ‹liberi del Re›, al cui ‹status› giuridico pertiene proprio di essere insediati su terre regie, ovvero fiscali, in cambio dell'obbligo militare e di una imposta regia.[156] Waitz non può dar loro una collocazione precisa: egli inclina o a situarli in una relazione di appartenenza — poichè per lui si tratta già di una « diminuzione della libertà », quando si è obbligati a « prestazioni personali » anche solo nei confronti del Re[157] — o a spiegarli come un residuo dei ‹coloni provinciali› romani, come i ‹tributarii› franchi o gli ‹aldioni› bavari.[158] È tuttavia certo che si tratta di ‹liberi›, perciò l'obbligo all'imposta è una caratteristica aberrante e non può « in alcun caso essere considerata una situazione normale ». Se d'altra parte le fonti testimoniano che questi ‹liberi› posseggono terre fiscali, si presenta come via di uscita l'interpretazione dell'imposta come di un « tributo ordinario di diritto privato ».[159] Per il periodo carolingio e per quello successivo, infine, Waitz può procedere da obblighi di imposta già esistenti, la cui origine è sconosciuta, ma che in ogni caso hanno carattere personale, individuale, non pubblico e generale.[160]

In tal modo viene continuamente preclusa la via per l'esame delle condizioni concrete. Ciò vale sopra tutto per le finanze. Waitz è sempre alla ricerca delle differenziazioni e delle specificazioni che avevano dato luogo al diritto costituzionale di stampo costituzionalistico:[161] alla ricerca cioè della distinzione fra la proprietà e le entrate regie e quelle statali, fra patrimonio regio e patrimonio domestico, fra imposte pubbliche e prestazioni private, alla ricerca delle speciali forme di diritto e di disposizione per l'uno o l'altro caso.[162] Ciò che egli chiaramente stabilisce è la mescolanza di condizioni pubbliche e pri-

155. WAITZ: II 507-509 con le note, 173-174; IV 97-100.

156. Ciò è stato messo in chiaro dalle ricerche di Dannenbauer e Theodor Mayer: cfr. i contributi segnalati ‹retro› al Capitolo I nota 21.

157. WAITZ: II 174.

158. WAITZ: II 162 e 508-509.

159. WAITZ: II 508-509.

160. WAITZ: IV 97-100; VIII 387-392.

161. ‹*Württembergische Verfassung von 1819*› Capitolo VIII, §§ 102-109: distinzione fra beni camerali = beni dello Stato e beni della ‹Camera demaniale regia› = proprietà privata, menzione dei beni liberi da imposta e delle imposte generali; ‹*Hessische Verfassung von 1820*› Titolo 2, Articoli 6-11: distinzione di Demanio, beni dello Stato e proprietà familiare del Principe; ‹*Badische Verfassung von 1817*› §§ 58, 59: Demanio in quanto beni patrimoniali = beni di casa, i redditi invece per la sovvenzione delle spese statali; inoltre la sostanziale inalienabilità dei beni della Corona e dello Stato, la lista civile speciale, eccetera.

162. Cfr. WAITZ: IV 3 e 617, 119-120; VIII 216-217.

vate, la mancanza di chiare distinzioni, il « carattere — nel complesso prevalentemente — giusprivatistico » delle condizioni finanziarie:[163] tali risultati non sono errati, se si tien conto delle categorie impiegate nell'indagine, senonchè da tali categorie, del tutto estranee al periodo storico considerato, non può derivare nessuna conoscenza concreta: « se si considera uno solo dei due elementi, non è poi possibile mantenerli distinti entrambi ».[164]

La costituzione militare viene considerata da Waitz in senso assolutamente costituzionalistico. Egli si contrappone apertamente alla tesi di Eichhorn, secondo la quale all'epoca merovingia solo i seguiti di servizio regi e gli antustrioni erano tenuti all'obbligo militare. « Tutti i facenti parte della Gau smobilitavano con i conti », « l'intero popolo viene chiamato alla guerra »;[165] popolo ed esercito sono la stessa cosa, l'esercito appare come il popolo in armi.[166] Ciò ricorda le « idee del 1813 »,[167] e neppure la difficoltà concreta di poter realizzare all'epoca merovingia una tale ‹levée en masse›, preoccupa Waitz.[168] Esplica qui il suo influsso il modello dell'obbligo militare, solo che esso non viene fondato in termini puramente personali, sulla base della posizione dei ‹liberi› in quanto tali, ma viene inteso nel senso del libero Stato dei proprietari terrieri al quale questa libera proprietà comune è collegata.[169] Qui Waitz riprende la tradizione di Möser, che corrispondeva al pensiero politico del liberalismo organico.[170] Ma i concetti sono nel frattempo mutati: al posto della stretta unità, ancora presente in Möser, di libertà e proprietà, nella quale la proprietà significava la concretizzazione istituzionale della libertà,[171] subentra la distinzione di reale e personale: la proprietà diventa il fondamento reale di diritti e doveri personali. Ciò corrispondeva alla realtà del primo pensiero costituzionalistico ed era espressione necessaria del progredire della separazione di Stato e Società.[172] Così Waitz può introdurre, quanto all'obbligo militare,

163. Waitz: IV 3, 95; VIII 216-217.

164. Waitz: VIII 217.

165. Waitz: II 472-473.

166. Waitz: II 468; ugualmente nella terza edizione: II 2, pagina 205: « L'esercito è esattamente solo il popolo, una riunione dell'esercito deve essere considerata anche riunione del popolo ».

167. L'espressione in H. Dannenbauer *Die Freien im Karolingischen Heer* cit., 64.

168. Questo problema d'altra parte sorge per lui nel periodo delle divisioni dell'Impero e delle guerre di Successione: cfr. Waitz: II 477 ss; IV 408-410.

169. Waitz: II 473.

170. Cfr. ‹retro› Sezione 1 III, pagina 134.

171. Cfr. ‹retro› Capitolo 1 III 2 e la citazione colà fatta alla nota 70 dallo *Staatslexikon*, dell'anno 1838.

172. La Costituzione del Baden collegò il diritto all'eleggibilità alla Seconda Camera ad un possesso di terra o di rendite stabilito, o ad un altrettanto stabilito stipendio fisso (§ 37), l'appartenenza alla nobiltà dotata di rappresentanza al possesso di una signoria terriera (§ 29); lo stesso nella Costituzione del Württemberg per l'appartenenza al ceto dei cavalieri (§ 136); la Costitu-

per l'epoca carolingia — sotto la pressione di diversi dati ricavati dalle fonti e dall'argomentazione di Roth, rivolta nel senso dell'obbligo militare ‹personale› —, una commistione dell'elemento personale e reale: « Non la sola libertà nè la sola proprietà terriera erano i fondamenti del servizio militare, ma tutte due insieme; esso spettava a coloro che erano liberi sotto il profilo personale, e che avevano proprietà terriera, anche se dipendente ».[173]

A questo punto è necessario individuare il procedimento interpretativo grazie al quale Waitz giunge ai suoi risultati: da ciò apparirà chiaramente come le posizioni dottrinarie dettate dal suo tempo pregiudichino necessariamente il risultato dell'interpretazione delle fonti. Le fonti sono, per l'epoca merovingia, sopra tutto Gregorio di Tours e Fredegario, più tardi i Capitolari, Incmaro e singole fonti tradizionali.[174] Gregorio e Fredegario non parlano solo di ‹leudes› ma anche di ‹pagenses› o ‹gentes› ed usano per lo più semplicemente il nome di stirpe o di distretto per indicare coloro che fanno parte dell'esercito cioè i chiamati alla spedizione di guerra;[175] e nei Capitolari sempre si continua a parlare di ‹homines liberi›, ‹franci homines› o ‹homines› semplicemente.[176] Ad un pensiero orientato nel senso dei presupposti contemporanei della libertà germanica e della ‹cittadinanza› generale appare subito plausibile che coloro che da Gregorio di Tours vengono nominati secondo stirpi e distretti costituiscano il ‹popolo› o i ‹consorti di distretto› 〈Gaugenossen〉, e che invece gli ‹homines liberi›, etc. siano i ‹liberi› in senso proprio cioè quei liberi cittadini, sottoposti direttamente al potere statale, che si cercavano e si presupponevano nelle fonti. E poichè sono sempre questi ‹homines liberi› etc. che vengono chiamati all'obbligo militare è calzante anche l'ulteriore conclusione, nel senso dell'obbligo militare generale e legale dei ‹liberi›: « l'obbligo militare generale » del Regno franco. Ciò porta a sua volta all'ulteriore conseguenza che gli obblighi di servizio militare basati su un beneficio concesso o su un rapporto di vassallaggio, devono apparire ‹straordinari›, accanto a quelli generali e legali.[177] Viene così meno un problema capitale della costituzione militare medievale, qual era il presupposto obbligo generale di servizio dei cittadini — e con esso lo Stato stesso —, e viene sostituito da quegli obblighi di

zione di Baviera introdusse fra le diverse classi, che fornivano una parte fissa di rappresentanti, accanto al Clero, alle Città o mercati e alle Università quelle dei proprietari terrieri nobili e degli altri proprietari terrieri (Titolo 6, §§ 7 e 9). Mentre gli ordinamenti cittadini erano concepiti in senso più borghese, i Comuni rurali erano trattati in modo predominante come pure corporazioni di proprietari terrieri: cfr. ‹*Landgemeindeordnung für Westfalen von 1841*› §§ 17-21, 40 ss; ‹*ALR*› § 18 II 17; ‹*Preussische Landgemeindeordnung für die östlichen Provinzen von 1856*› §§ 8-11.

173. WAITZ: IV 454-455.
174. WAITZ: II 468-487; IV 450-470, 495-505.
175. Cfr. WAITZ: II 471-473, nelle note colà citate.
176. Su ciò i numerosi luoghi dei Capitolari in WAITZ: IV 452-469, 495 ss, nelle note.
177. Cfr. WAITZ: IV 496-499, 524.

servizio speciali, personali e dipendenti da signoria privata:[178] così si afferma da sè l'interpretazione più immediata, e tutto si collega a ‹conferme›, sulla base delle fonti, del carattere statale delle condizioni di partenza.[179]

Sarebbe però completamente errato parlare qui di ideologia o di pregiudizi al servizio di determinati interessi. Se le fonti vengono considerate in questo modo, in funzione di un ordinamento ‹statale› come possono esse rispondere in modo diverso, prese nella loro astrattezza e nei loro concetti puri? In realtà l'intera indagine si svolge nell'ambito della più rigorosa ricerca storica.

4. Nel descrivere le condizioni dei ceti, Waitz si attiene sostanzialmente ai fondamenti stabiliti da Eichhorn. Come questi, anch'egli procede dal concetto social-cetuale dei ceti, relativo alla società unitaria dei cittadini. I ceti sono strati sociali particolari o minoranze di privilegiati, di regola definiti per nascita, all'interno di una società in sè spoliticizzata, unitaria[180]. Come Eichhorn, egli si trova di fronte alla difficoltà di descrivere la complicatissima struttura interna di una ‹società› ordinata secondo lo ‹status› e in senso signorile-politico, proprio con quei concetti e quelle distinzioni astratte e tendenti a sistemazioni generali, caratteristiche di una società ‹statale›. Da ciò si comprende facilmente come[181] i risultati di Waitz concordino spesso con quelli di Eichhorn: perciò devono essere qui esaminate solo alcune singolarità caratteristiche, che dipendono dal fatto che per Waitz è decisivo non più il quadro costituzionale dello Stato per ceti di Eichhorn, ma l'ideale costituzionale di stampo liberale della generazione dei Germanisti.

La differenza più significativa in confronto ad Eichhorn è l'eliminazione di un ceto nobiliare giuridicamente qualificato: egli considera perfettamente valido fino all'alto Medioevo ciò che ha stabilito per l'antica costituzione germanica: « una Nobiltà come ceto reale... non esisteva ».[182] La Nobiltà era una

178. Su ciò WAITZ: VIII 108-112, 143 ss, inoltre 147-155 sulle « stipulazioni contrattuali », sul dovere del servizio militare e sui contingenti da apprestare.

179. Già da questo intero complesso di interpretazioni appare chiaramente che la tesi sostenuta da Peter LIVER, nel « *ZSSR(G)* » 76 (1959) 377-378, contro la « nuova dottrina » dei ‹liberi del Re›, che cioè costoro fossero semplicemente una parte speciale dei comuni ‹liberi›, e che dunque fossero situati accanto a questi ultimi o li comprendessero, in ogni caso è svolta in modo troppo succinto e ancora sulla base del modello di pensiero « statale ».

180. Cfr. su Eichhorn ‹retro› Capitolo 2 III 4; sull'origine di questo concetto dei ceti dalla situazione giuscostituzionalistica del XVIII secolo vedi ‹retro› Capitolo 1 III 2 e 2 I.

181. Le singole Sezioni si trovano in WAITZ: II 149-160 (‹non-liberi›), 161-170 (‹liti›), 180-190 (‹liberi›), 210-222 (‹leudes›), 241 ss (nobiltà); IV 174 ss (nobiltà), 278-288 (‹liberi›), 289-302 (dipendenti e ‹non-liberi›); V 190-200 (servi e ‹non-liberi›), 201-226 (sui censuari, dipendenti, soggetti alle Chiese ecc.), 251-260 (soggetti al mundio e soggetti all'‹avvocazia›), 289-347 (‹ministeriali›), 350-364 (commercianti e cittadini), 379-398 (‹liberi›), 398 ss (cavalieri e nobiltà).

182. WAITZ: V 404; anche II 241 ss; IV 275.

qualità ed implicava prestigio sociale, preminenza di rango in dignità ed onore, talora, benchè raramente, il segno della piena libertà, ma non conferiva nessun diritto speciale.[183] Ciò corrisponde pienamente all'idea che il liberalismo aveva della posizione della Nobiltà nello Stato costituzionale.[184] Ai fini del giudizio storico, resta tuttavia da considerare che Waitz parla di ‹ceto› solo riguardo ad un ceto per nascita, fondato su un principio (giusprivatistico) di ereditarietà e che effettivamente è discutibile che si possa parlare di una Nobiltà di tal genere, prima del XIII-XIV secolo. Waitz riconosce un'aristocrazia d'ufficio, nel senso di un rango sociale privilegiato e di onori speciali spettanti agli ufficiali più elevati,[185] ma contemporaneamente appare chiaro come questo concetto di Nobiltà — che tollera come alternativa solo il concetto complementare di ‹libero› — rende impossibile fin dal principio individuare il problema specifico, se cioè sia esistito un ceto di signori — o uno strato corrispondente — caratterizzato dall'esercizio autogeno di signoria.

Waitz, ancor più di Eichhorn, cerca di descrivere le numerose differenziazioni di ceto — che per lui sono sempre stratificazioni generali social-cetuali — con i concetti della dipendenza reale e personale. Come già per le considerazioni sugli obblighi militari, egli prende lo spunto dal concetto di proprietà, del tutto non-politico e privato, proprio della Società moderna. La proprietà appare sempre più come possesso di terra dal quale è completamente indipendente la posizione giuridica ‹personale›, in modo che l'antico legame istituzionale si trasforma necessariamente in un collegamento di fatto con una situazione di possesso. Il carattere del ‹dominium› come ambito di signoria in un mondo ordinato in senso non statuale e la necessaria caduta in signoria di chiunque non fosse esso stesso ‹signore›,[186] non si possono dedurre assolutamente da ciò. Proprio questa peculiarità strutturale si presenta per Waitz in modo così accentuato da fargli affermare che « i tedeschi [attribuirono] volontieri a tutti gli aspetti del possesso di terra un influsso sulla qualificazione giuridica e sull'ulteriore posizione personale degli uomini » e dedussero così da un tipo definito di possesso delle conseguenze « per l'intera esistenza »:[187] tutto ciò viene pensato fondamentalmente in modo già patrimoniale, nel senso del concetto liberale di feudalesimo. Corrispondentemente Waitz può quali-

183. Cfr. WAITZ: II 228-240; IV 276-280; V 141 ss; la nobiltà dotata di « ugual diritto » viene trattata, insieme ai ‹liberi›, espressamente in WAITZ: II 236.

184. Cfr. il discorso di Beseler sulla nobiltà nella Paulskirche (volume II del resoconto stenografico, pagine 1333-1334).

185. WAITZ: IV 276-278, anche V 406, dove i « liberi signori » vengono intesi come una ‹classe› speciale dei ‹liberi›, che si forma attraverso un rapporto di ufficio.

186. Su ciò ‹retro› Capitolo 2 III 5, pagine 103-105; inoltre O. BRUNNER *Altständische Gesellschaft* cit., 299 ss; H. DANNENBAUER *Adel, Burg und Herrschaft* cit., 91-94; W. SCHLESINGER *Herrschaft und Gefolgschaft* cit., 141-146.

187. WAITZ: II 200.

ficare tutte le relazioni di signoria che non hanno un rapporto diretto col Re solo come dipendenza privata e perciò come forme di non libertà e di soggezione. I ‹liti› sono gente che « godono certamente di libertà personale, ma si trovano in dipendenza di un signore a causa della terra che coltivano »;[188] ad essi vengono assimilati i ‹fiscalini›, gli appartenenti alla ‹familia› delle chiese e i ‹tributarii›.[189] Che però il Re abbia potere di disposizione anche su ‹liberi› a favore di Monasteri o di Signori secolari resta per Waitz semplicemente un enigma irrisolvibile:[190] egli non può avvertire che qui si tratta dei ‹liberi del Re›, viventi in uno ‹status› particolare, e che « l'atto di disposizione » nei loro confronti non significa altro che il mutamento del titolare dei diritti signorili. D'altra parte la protezione speciale di cui godono i commercianti delle città regie o imperiali appare come ‹privilegio›: ciò è invece solo conseguenza del presupposto della protezione regia generale vigente nell'unione statale dei sudditi.[191]

Le molteplici differenziazioni che mostrano le fonti post-carolingie e che hanno il loro fondamento nelle molteplici libertà e diritti all'interno di concrete relazioni di signoria, portano Waitz — come già Eichhorn — ad un dilemma. Il concetto astratto di ‹libertà›, al quale Waitz vuole attenersi, si dissolve invariabilmente nelle molteplici peculiarità e gradazioni di quest'ultima che lo scrupoloso conoscitore di fonti individua: ciò che ne resta è una grande varietà, prodotta dal coesistere e dall'incrociarsi delle tendenze più diverse.[192] Lo stesso accade per il concetto di ‹servus›, per il quale Waitz si attiene allo « stretto diritto » del Signore, alla sua « proprietà » sul servo, dal momento che si poteva disporre di quest'ultimo per mezzo di donazione, di acquisto, di eredità.[193]

Allo stesso tempo egli però conviene che in questa non-libertà venivano comprese situazioni molto varie e che la natura giuridica della dipendenza non era definita solo in base alla posizione ma anche al tipo del servizio da prestare.[194] Non esiste un quadro chiaro, in qualche modo illuminante, delle molteplici forme di apparizione dei ‹dipendenti›; la loro riduzione a transeunti classi social-cetuali non può non aver successo, nonostante la distinzione più volte impiegata fra dipendenze personali e reali: si giunge in conclusione ad

188. Waitz: II 161, analogamente V 205. La diffusione dei ‹liti› viene conseguentemente ricondotta alla sempre maggiore caduta in soggezione di difesa, avente carattere giusprivatistico, da parte di nati liberi: Waitz: II 170 ss.

189. Waitz: IV 283-289, 295-298.

190. Waitz: V 288, anche IV 282-283, dove — minimizzando — viene osservato che ha fatto seguito la donazione sotto riserva di « libertà ».

191. Waitz: V 351 ss.

192. Waitz: V 382 ss, 386 ss; la citazione si trova a pagina 388.

193. Waitz: V 191.

194. Waitz: V 190, 192 ss.

una « commistione » degli antichi ceti e ad una situazione di « soggezione mitigata » situata, in molteplici sfumature, fra l'antica servitù e la libertà contadina.[195]

In base a questa costruzione social-cetuale trovano spiegazione anche i ‹ministeriali›, che in seguito alle nuove condizioni di vita non prestano più tributi ma servizi e attraverso il « carattere di ufficio » di questi ultimi acquistano diritto e prestigio particolari. Questi ‹ministeriali› si distaccano completamente, nella loro concreta posizione giuridica, dallo schema libertà-non libertà; riguardo ad essi appare chiaro a Waitz che la questione libertà o non libertà non può più assolutamente essere posta, e che anche una donazione od una permuta riguarda sempre solo i diritti che il Signore ha sui suoi dipendenti.[196] Questa considerazione resta però solo un episodio senza seguito. Anche qui si resta in un rapporto di diritto privato senza alcuna rilevanza per il diritto costituzionale e si gioca — come per tutte le altre relazioni cetuali — nell'ambito della dipendenza personale e reale e della sua progressiva attenuazione.[197]

In tal modo appare ancora una volta evidente come, attraverso la proiezione di concetti e distinzioni orientate nel senso del suo proprio ideale costituzionale e della sua realtà politico-sociale, si crea necessariamente una incapacità di riconoscere il carattere concreto dei singoli ‹status› e particolarmente il principio costruttivo signorile-politico dei ceti, in base al quale quel concreto carattere trova spiegazione; e ciò benchè proprio in Waitz, grazie alla sua immensa conoscenza delle fonti, esistessero tutte le premesse per evitare un simile fallimento.

V.

Fin qui non è stato ancora esaminato un elemento della ricostruzione e dell'interpretazione della storia costituzionale in Waitz: quello nazional-politico. Esso ha il suo fondamento nella particolare relazione con la storia propria dei Germanisti, della quale si è già parlato in precedenza.[198] Waitz sottolinea con particolare insistenza l'origine e il carattere germanico, tedesco, di tutti gli elementi statual-costituzionalistici e civil-libertari della costituzione. Essi trovano la loro prima espressione, secondo lui, già nella antica costituzione germanica, dove non si poteva ancora parlare di influssi stranieri, sopra tutto romanistici.[199] In particolare egli sottolinea che anche la monarchia è sorta

195. Cfr. WAITZ: V 200-215 su coloni, fiscalini ed altri; 215, 218-223 sui censuari ecclesiastici; 251-254, 257-258, 260-266 su soggetti a mundio e soggetti ad ‹avvocazia›.
196. WAITZ: V 311 e 320.
197. WAITZ: V 312 ss.
198. ‹Retro› Sezione I I e II.
199. Cfr. ‹retro› II I, pagine 139 ss.

presso i Germani, « con peculiarità originarie » ed in particolare certamente non come debole monarchia d'ufficio, ma come vera e propria monarchia dotata di un diritto ereditario all'interno della stirpe e di potere signorile proprio, in forza del quale anche i cavalieri e i capi di Gau potevano essere nominati autonomamente.[200] Non solo gli elementi di signoria popolare e la libertà (civile), ma anche il legame di libertà e signoria, di libertà popolare e monarchia — l'elemento cioè propriamente costituzionalistico, per il quale combatteva il liberalismo organico — appartiene alle forme costituzionali germanico-tedesche. Anche per l'epoca merovingia il ‹concetto› di potere regio rimane germanico e tedesco, benchè non siano negati influssi romanistici.[201] È pur vero, che attraverso questi ultimi, il potere regio acquista un « forte impulso »,[202] e l'elemento monarchico si rafforza prendendo il sopravvento sull'elemento della libertà popolare, ma la sostanza rimane immutata; nello stesso modo anche la descrizione delle competenze regie è completamente orientata al modello del monarca costituzionale ottocentesco.[203]

Lo stesso accade con la costituzione carolingia. Qui si tratta di provare l'« essenza tedesca » per l'intero edificio costituzionale che ebbe valore di modello di ordinamento statale per Waitz ed i suoi contemporanei. La posizione di Waitz suona crudamente: « delle istituzioni dello Stato romano, dei fondamenti dell'amministrazione romana e del diritto romano, non è rimasto nulla, nè sotto Carlo nè sotto Ludovico ».[204] Egli elimina i numerosi, importanti legami ed influssi sopravvenuti con l'osservazione che essi non hanno svolto alcuna influenza sugli ordinamenti proprî di Carlo. Ciò che in un primo tempo si era mantenuto delle istituzioni romane si è perduto subito oppure ha fatto posto ad una costruzione pienamente germanica.[205] Il « carattere tedesco » del potere regio carolingio è poi pienamente dimostrato dai limiti che lo vincolano: « esso agiva, proprio perchè era e rimase germanico, solo in comunione con altri poteri legittimi ».[206] « Accanto al libero Re, un libero popolo: questa era l'essenza dell'antica monarchia tedesca » egli afferma ancora per un'epoca

200. WAITZ: I 159 (citazione), 166-176.
201. WAITZ: II 130 e 88-89.
202. WAITZ: II 89.
203. Vedi ‹retro› III 1; per il nuovo stato della ricerca cfr. R. BUCHNER *Das merovingische Königtum*, in *Das Königtum* cit., 143-154.
204. WAITZ: III 204-205.
205. WAITZ: III 205; nella recensione alla polemica Sybel-Ficker si legge (in *Gesammelte Abhandlungen* cit., I 536): « Nell'Impero di Carlo Magno, nelle istituzioni che egli creò... non mi sembra essere presente, nè direttamente nè indirettamente, alcun influsso romano ». Tipico per il pensiero costituzionale ‹statale› in Waitz è poi l'osservazione che molto di ciò che Ficker considera come espressione del pensiero statale romano, debba in generale essere per lo più considerato come condizione ed essenza dell'ordinamento statale (nello stesso luogo citato).
206. WAITZ: III 282.

successiva.[207] Nello stesso modo — sempre nel senso della costituzione liberale ottocentesca — le Assemblee dell'Impero sono una manifestazione della « concezione dello Stato viva nel popolo tedesco », secondo la quale « in ogni epoca è necessaria una collaborazione di Signore e popolo negli affari importanti ».[208]

Quel popolo tedesco però, al quale Waitz attribuisce il pensiero costituzionale come peculiarità nazionale, esiste per lui già in epoca molto antica. Già sulla base della leggenda del « Tuisco Manno » di Tacito, egli individua una coscienza comune e un sentimento di unità fra i Germani « tedeschi », e già molto prima della fondazione del Regno franco, Sassoni, Alemanni, Turingi e Franchi — in quanto successori delle tre stirpi originarie — come i Bavari — in quanto popolo restante dei Goti — costituivano « il popolo tedesco ».[209] La storia della formazione dei Regni franco-carolingi contiene per Waitz una manifesta entelechia nazional-statale, essa diventa il paradigma dei movimenti di unificazione nazionale del suo tempo. Il vero significato delle azioni di Pipino e dei suoi successori risiede in ciò « che il potere si trasferì alla parte rimasta tedesca della stirpe franca, che l'elemento tedesco ebbe un nuovo influsso anche nelle province galliche », senza d'altra parte interrompere il legame con la tradizione romana e con la Chiesa.[210]

Il Regno carolingio, assoggettando per la prima volta tutte le stirpi tedesche ad ordinamenti statali comunitari, assunse il carattere di un ‹processo› verso ordinamenti popolari, nazionali: per mezzo del legame dei Sassoni con le altre stirpi tedesche l'elemento germanico acquistò una tale forza che potè elevarsi in seguito a « sviluppo peculiare »;[211] oltre a ciò i popoli germanico-romani si erano reciprocamente scambiati ciò che poteva permettere il loro sviluppo; la separazione delle loro strade era il risultato dello svolgimento organico delle cose.[212] In tal modo i piani di spartizione e le lotte per il potere vennero sempre più definiti da punti di vista nazionali, i popoli conquistarono « autonomia e peculiarità nazionale » e il Trattato di Verdun fondò il Regno orientale come una dominazione « del tutto e pienamente tedesca ».[213] Il ter-

207. WAITZ: VI 407.

208. WAITZ: III 500.

209. Cfr. sulla fondazione del Regno Tedesco con il Trattato di Verdun quanto Waitz scrive in *Gesammelte Abhandlungen* cit., I 3-7.

210. WAITZ: III 7.

211. WAITZ: V 314 e *Gesammelte Abhandlungen* cit., I 11, dove le divisioni del Regno appaiono ancora come reazione necessaria ai tentativi di Carlo Magno di fondere le differenti nazionalità; in WAITZ: IV 552 è molto attenuata.

212. WAITZ: IV 252-253.

213. Per i piani di divisione e la lotta per il potere cfr. WAITZ: IV 570-580; la citazione si trova in WAITZ: IV 583 e 595; cfr. anche G. WAITZ *Gesammelte Abhandlungen* cit., I 18-19. La reiterata unificazione del Regno Franco sotto Carlo il Grosso ha per Waitz soltanto il carattere di un'unione personale: WAITZ *Ibid.* 20-21.

ritorio tedesco « divenne il corpo per una costruzione statale nella quale la Nazione pervenne ad una unità ed autonomia, come non aveva mai finora provato, e che d'ora in poi lungo i secoli ha dominato la sua vita ».[214]

VI.

Traiamo le conclusioni dalle osservazioni fatte. Da una parte la rappresentazione e le interpretazioni che Waitz dà delle condizioni storico-costituzionali, riguardo tanto ai singoli periodi che alle singole istituzioni e concetti, sono legate in misura decisiva e inaspettata alle posizioni dottrinarie e allo sviluppo concettuale derivanti dall'ideale costituzionale del liberalismo organico e dalla realtà politico-sociale. D'altra parte è certo, e bisogna qui ribadirlo ancora una volta, che nè la rigorosa scientificità nè l'intenzione di Waitz di compiere una rigorosa ricerca storica possono essere poste in dubbio.[215] L'immensa conoscenza e la profonda valutazione delle fonti, delle quali ogni volume della *Verfassungsgeschichte* offre un'efficace testimonianza e le grandi iniziative editoriali di cui la scienza storica è debitrice a Waitz dovrebbero qui trattenere da ogni affrettato giudizio.[216]

L'apparente paradosso che sembra conseguire da queste due affermazioni rende necessario occuparsi ancora una volta del problema del punto di partenza metodologico della conoscenza storica in Waitz, problema che è già stato sfiorato all'inizio di questa Sezione, allorchè è stato chiarito che in Waitz non si pose il problema di un impegno politico o di una coscienza ideologica. Ma un altro aspetto del suo pensiero sembra essere più importante. Waitz apparteneva al ramo della scuola di Ranke che si occupava della critica delle fonti e già dai primi anni, prima del suo insegnamento accademico, egli si era occupato di iniziative di edizione e di critica delle fonti:[217] in egual modo egli si è poi accinto al lavoro storico-costituzionale. Si è spesso sostenuto, in parte in sua difesa, in parte criticandolo apertamente,[218] che egli non era incline alle

214. Waitz: V 4.

215. Cfr. ‹retro› I.

216. In questo senso bisogna aderire anche a Heinrich von Srbik quando difende Waitz dalle accuse di Fueter contenute nella sua *Geschichte der Historiographie*: cfr. H. von Srbik *Geist und Geschichte* cit., 298. Sulle imprese editoriali di Waitz cfr. la biografia a cura di F. Frensdorff, in *Allgemeine Deutsche Biographie* cit., XL 605-606, e 619.

217. H. von Srbik *Geist und Geschichte* cit., 295-297; F. Frensdorff, in *Allgemeine Deutsche Biographie* cit., XL 605-606.

218. Cfr. da una parte — in difesa — H. von Srbik *Geist und Geschichte* cit., 298, F. Frensdorff, in *Allgemeine Deutsche Biographie* cit., XL 622, dall'altra — criticando — G. von Below *Der deutsche Staat* cit., 68-69, K. von Amira *Grundriss des Germanischen Rechts* (Strassburg 1913[3]) 4, e Th. Mayer *Die Königsfreien* cit., 9.

costruzioni giuridiche e alle rigorose formulazioni di concetto, che egli voleva conoscere e rappresentare la realtà solo in base alle fonti, mantenendo volutamente impreciso ciò che là era tale, e che voleva mantenersi libero in primo luogo da combinazione, da induzioni e da giudizi soggettivi: la sua *Verfassungsgeschichte* dimostra ciò in ogni volume. La sostanza del suo lavoro storico è insomma ancora di natura filologica. Ma proprio questa limitazione, questa rinuncia ad una consapevole impostazione personale del problema, fa in modo che Waitz trasferisca in maniera tanto decisiva al passato i presupposti costituzionali ed i criteri di giudizio del suo tempo. Infatti l'impostazione del problema in quanto tale è indispensabile per ogni conoscenza storico-istituzionale e per ogni interpretazione delle fonti: la storia costituzionale non si limita a descrivere precisi avvenimenti o modi di vita, che sono solo indicati nelle fonti, ma vuole riconoscere il concreto edificio politico di un tempo andato. Ma le fonti, considerate in sè stesse per quel che sono, non danno nessuna chiara risposta intorno a ciò che si deve intendere ad esempio per ‹homines liberi›, per ‹fideles› e ‹vasalli›, per ‹dominium› e ‹proprietas›, per ‹libertà›; se si vuole interpretarle solo da un punto di vista filologico, si finisce sicuramente per comprenderle completamente secondo i presupposti del proprio tempo. In realtà non si può evitare di assumere prese di posizione soggettive, vincolate al proprio tempo, rifiutandosi completamente di prendere posizione. In tal modo l'opera di Waitz, oltre all'enorme contributo che essa apporta, dà contemporaneamente un esempio dei limiti che sono propri di uno storico costituzionale che si basi su un metodo puramente filologico e di critica delle fonti.

Sezione III.

La storia costituzionale come esempio di applicazione di una teoria sociale organico-liberale: Georg Ludwig von Maurer.

I.

Sono due i lavori che fondarono il prestigio di Georg Ludwig von Maurer nella scienza della storia del diritto e costituzionale come anche nel movimento politico del tempo: la giovanile trattazione su *Das altgermanische und insbesondere altbayerische öffentliche und mündliche Gerichtsverfahren,*[1] che portò subito alla

1. Apparso ad Heidelberg nel 1824. Esso fu scritto in occasione di un Concorso della ‹Bayerische Akademie der Wissenschaften›.

sua chiamata all'Università di Monaco,[2] e il tardo lavoro incompiuto, in dodici volumi, sulla storia della costituzione di marca, di corte, di villaggio e di città in Germania.[3] Nell'opera giovanile Maurer aveva messo in evidenza la pubblicità e l'oralità dell'antico sistema giurisdizionale germanico e la partecipazione del popolo ad esso ed aveva così prestato alle tendenze riformistiche del movimento liberale un sempre maggiore fondamento scientifico.[4] Il lavoro successivo ha come contenuto una storia ampiamente documentata dello sviluppo dei concreti ordinamenti di vita comunitari e signorili del popolo; tali ordinamenti non avevano nell'alternativa contemporanea di diritto statale e privato alcuna collocazione propria, ma erano tuttavia di grande importanza per il pensiero costituzionale del liberalismo organico, poichè veniva scorta in essi la continuazione dell'influsso della tradizione di quella libertà germanica che proprio sulla loro base si voleva far rinascere.

Questo lavoro appartiene pienamente al contesto spirituale del liberalismo organico e della relazione nei confronti della storia che gli è propria. Maurer si scaglia contro lo sviamento dalla storia, che potrebbe condurre solo ad un futuro « realmente desolato e del tutto senza scopo », egli vuole al contrario ricercare il vero fondamento storico del proprio tempo e le leggi dello « sviluppo della storia », che solamente potrebbero offrire il giusto criterio di misura per il giudizio e la conformazione del presente.[5] Dal punto di vista contenutistico egli recepisce sempre più il pensiero di Möser: sia con riguardo al suo concetto di costituzione, orientato verso gli ordinamenti di vita del popolo, che per i suoi motivi natural-teoretici.[6] Ma tutto viene da lui inquadrato in modo molto più deciso ed espressivo in uno schema di sviluppo universale ed organico; lo svolgimento della storia costituzionale scorre come sviluppo organico e graduale della vita sociale dalle stirpi alle comunità di marca, di villaggio e di città, dalle signorie terriere fino al potere pubblico, la cui formazione costituisce il punto conclusivo dello sviluppo.[7]

2. Cfr. L. BRINZ *Georg Ludwig von Maurer*, in *Allgemeine Deutsche Biographie* cit., XX 703.

3. Dapprima *Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt* (Erlangen 1854); seguirono a questa: *Geschichte der Markenverfassung in Deutschland* (Erlangen 1856); *Geschichte der Fronhöfe, Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland* 4 v (Erlangen 1862-1863); *Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland* 2 v (Erlangen 1866); *Geschichte der Städteverfassung in Deutschland* 4 v (Erlangen 1869-1871); la storia del potere pubblico, prevista come conclusione, non fu mai terminata.

4. Sull'influsso di questo lavoro cfr. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III 2 (München-Leipzig 1910) 308-310.

5. MAURER *Einleitung*: Prefazione XXXVIII e XXXIX-XL.

6. Cfr. da una parte MAURER *Einleitung*: Prefazione XXXVIII-XXXIX, dall'altra ‹retro› Capitolo I I e III I, pagine 60 e 67 ss.

7. Già nella *Einleitung* citata viene in primo luogo descritta la situazione originaria dei primi villaggi e delle ‹comunità di marca›, poi i loro successivi mutamenti, fra i quali appare la formazione della signoria terriera, delle ‹curtes›, dell'immunità e del potere pubblico; cfr. il Sommario

La storia è per Maurer l'‹organon› di una teoria naturale di Società e Stato: essa, come la natura, non procede mai per salti, e come nella natura, si sviluppa anche in essa una germinazione completamente organica fin da principio.[8]

Questo processo naturale dello sviluppo costituzionale scorre completamente all'interno di un contesto reale, che per parte sua presuppone la Società liberata dallo Stato e non-politica e che fa sorgere gradualmente il « potere pubblico » dal suo stesso corpo, da un ordinamento di pacifiche comunità contadine.[9] Anche questo è il proseguimento di una posizione che abbiamo già trovato presente in Möser. Ma come in Waitz è mutato il concetto di proprietà in confronto a quello di Möser,[10] così muta qui il quadro della realtà presupposta: esso reca ora caratteri non solo politici, ma anche esplicitamente patrimoniali. Maurer cerca di comprendere e di descrivere la realtà delle antiche condizioni costituzionali con concetti che nel loro complesso generale e nel loro contenuto sono completamente orientati nel senso della situazione che si creò solo attraverso la separazione di Stato e Società. Ad essi vengono ricondotti i multiformi concetti delle fonti, nel senso che da una parte differenti concetti delle medesime vengono spiegati come termini diversi per la stessa realtà, mentre dall'altra differenti espressioni terminologiche vengono intese come concetti concretamente unitari e generali.

In tal modo si realizza il complesso unitario del modello costituzionale presupposto e del suo sviluppo storico. Il concetto di Marca diventa un concetto puramente geografico-territoriale, che ha le sue origini nelle migrazioni di insediamento delle stirpi e razze germaniche; esso indica la circoscrizione territoriale su terre forestali o di pascolo relative a un villaggio o a un insediamento[11]. Tutte le forme di realizzazione della Marca vengono assunte sotto questo concetto non-politico-territoriale. Invero, in seguito al processo di insediamento, si formarono Marche più o meno estese, comprendenti più co-

in MAURER *Einleitung*: XLI-XLVI. Sulla successione dei volumi, dei quali i successivi presuppongono sempre i precedenti, cfr. la nota 2. È inoltre sintomatica la Prefazione alla *Geschichte der Städteverfassung* cit., I IV-V: il primo nucleo è la costituzione di Marca, « la quale è sorta addirittura dai primi insediamenti germanici, e subito è diventata il fondamento per le successive (!) costruzioni giuridiche pubbliche e comunitarie. Dalle originariamente ampie Marche si sono in particolare sviluppate, attraverso un processo di demarcazione, le più piccole Marche di villaggio, e, attraverso la recinzione con mura delle località aperte, dalle Marche di villaggio sono sorte le Marche di città: dunque le comunità di marca cittadine sono sorte dalle comunità di marca di villaggio ».

8. MAURER *Städteverfassung*: I pagina IV: « Come la natura, anche la storia, quando il suo processo non viene disturbato, non compie salti. Come in natura da nuclei preesistenti si sviluppa, da sè, tutto quanto, così anche il fenomeno cittadino si è sviluppato, in modo del tutto naturale, da un nucleo prestabilito ». Cfr. inoltre la citazione alla nota 7.

9. MAURER *Einleitung*: 330-331.

10. Cfr. ‹retro› Sezione 2 IV 1, pagine 154 ss.

11. MAURER *Einleitung*: 40-44.

munità di villaggio.[12] Anche le Contee di marca ⟨Markgrafschaften⟩ sono Marche in questo senso, e anche le valli delle Alpi, le comunità di rustici e di vicini, i distretti ⟨Gaue⟩ e le province.[13] « Tutte queste denominazioni avevano esattamente lo stesso significato e non indicavano altro che un territorio racchiuso entro confini precisi ».[14] Allo stesso modo sono sinonimi i termini che indicano gli abitanti: ‹convicini›, ‹pagenses›, ‹villani›, ‹consortes› sono soltanto termini diversi per indicare i membri della Marca.[15] « Tutte queste espressioni cambiavano presso questo o quel popolo (!) e vengono usate come del tutto identiche ».[16] Tutte le costruzioni terminologiche delle lingue germaniche con ‹Adel›, ‹Ethel›, ‹Adol› etc. vengono spiegate, con specifico richiamo alle antiche fonti nordiche, in senso libertario-comunitario. ‹Adel› non significa altro che « la indicazione di ogni piena legittimazione » come « in modo particolare della legalità »: il nobile per nascita è il figlio di pieno diritto, nato da un matrimonio legale, cioè il ‹libero›; l'‹Adelthing› è il ‹placitum legitimum› delle fonti franche.[17]

Anche il concetto di proprietà è nello stesso modo di natura unitaria ed astratta; ‹proprium›, ‹dominium›, ‹terra dominica›, ‹proprietas›, ‹ager dominicalis› sono termini che hanno lo stesso significato.[18] Il presupposto patrimoniale di fondo appare chiarissimo in questo concetto. Piena proprietà significa piena libertà sul proprio bene, limitata solo dai diritti della comunità; la signoria è perciò immanente alla proprietà, essa è la « vera espressione dei diritti spettanti al proprietario di un bene pienamente libero ».[19] Proprietà e signoria terriera sono dunque per Maurer sostanzialmente la stessa cosa, estensione e concentrazione della signoria si ha corrispondentemente attraverso l'estensione e la concentrazione della proprietà.[20] Tutto ciò è pensato riguardo

12. Cfr. MAURER *Einleitung*: 47-49; Maurer ritiene che anche Territori ⟨Länder⟩ come la Baviera, l'Alemannia, la Turingia, la Carinzia e l'Austria siano sorte da Marche di questo tipo.

13. MAURER *Einleitung*: 50-51 per le ‹Contee di marca›; per il resto cfr. 53-57. Per l'identità di significato di ‹marca›, ‹Gau› e ‹provincia› egli si basa, fra l'altro, sul fatto che le antiche leggi danesi traducevano Marca talora con ‹pagus›, talora con ‹territorium›, e che nel diritto nazionale alemanno e sassone ‹marchia› e ‹provincia› vengono impiegate « scambievolmente »: cfr. MAURER *Einleitung*: 56-57.

14. MAURER *Einleitung*: 57.

15. MAURER *Einleitung*: 70-71.

16. MAURER *Einleitung*: 71.

17. MAURER *Einleitung*: 12-14, la citazione si trova alla pagina 13.

18. MAURER *Einleitung*: 226-227. Per il concetto di ‹Eigen› (proprio) egli assume (alle pagine 103-104) un duplice significato: in senso ampio tutto ciò sopra cui, in qualsivoglia modo, si abbia diritto di disposizione, in senso stretto la libera piena proprietà. Tuttavia per Maurer non deriva da ciò una relatività del concetto di proprietà, ma solo viene stabilito che i Germani originariamente non conoscevano il c o n c e t t o di proprietà (bensì solo sicuramente il fenomeno concreto).

19. MAURER *Einleitung*: 104-105 (per la citazione), 226, 228-229.

20. Cfr. MAURER *Einleitung*: 104-105 e 229-231.

alla tarda fase dell'antico ordinamento per ceti e dal punto di vista della discussione sul feudalesimo.[21] Ciò che non è signoria statale, potere pubblico, può essere solo potere patrimoniale, espressione di possesso e di proprietà.

Ma poichè lo stesso potere statale pubblico è un prodotto dello sviluppo storico-organico ed interviene nelle condizioni signorili come una sovrastruttura di queste ultime, tutte le costruzioni iniziali di signoria devono avere carattere patrimoniale, terriero. Nella forma che esse hanno raggiunto solo attraverso la concentrazione di tutti i diritti pubblici presso lo Stato, esse vengono presupposte come fase iniziale e come fondamento di quest'ultimo. Il legame di signoria e di proprietà offre anche il collegamento con l'antica libertà, poichè questa, come già per Möser, da una parte viene pensata come libertà signorile, ma dall'altra viene estesa ad ogni proprietario, cioè ad ogni ‹libero›, che prende parte alla divisione comunitario-egualitaria del territorio.[22]

Il confine fra potere pubblico e signorile-terriero per parte sua è di nuovo unitario ed astratto; sono decisive non le condizioni concrete ma le delimitazioni generali «di diritto statale» del XVIII-XIX secolo. Quello che, degli antichi diritti signorili, era ancora rimasto ai Nobili e alle Corporazioni, dopo la formazione dello Stato moderno, costituisce il contenuto della libertà comunitaria o terriera, della piena proprietà: potere famigliare e di servitù, polizia dei campi e delle foreste, giurisdizione sulla pace di mercato. Ciò che resta: giurisdizione propria, diritto al comando e al divieto, potere autoritario di pena, appartiene al «potere pubblico».[23] La differenza sostanziale fra i due concetti costituisce per Maurer un assioma;[24] esso vale per ogni tempo e per qualsiasi forma di ordinamento.

Non c'è da stupirsi che anche questo modello sociale e questo sistema concettuale, come Maurer li ha sviluppati, abbiano trovato viva adesione in Marx ed Engels ed abbiano influito notevolmente sulle loro concezioni e descrizioni storiche.[25] La piena libertà ed uguaglianza iniziale, dalla quale Maurer procede, il carattere patrimoniale di tutti gli ordinamenti signorili, che sono solo sovrastrutture della proprietà privata, il loro permanere all'interno della sfera della Società per mezzo della separazione dal potere pubblico, tutto ciò corrisponde esattamente alla teoria che Marx ed Engels svilupparono intorno alla società

21. Cfr. su ciò ‹retro› Sezione I II.

22. Cfr. ‹retro› Capitolo I II e MAURER *Einleitung*: 71-72, 228-229.

23. MAURER *Einleitung*: 169-171, 330 ss; inoltre MAURER *Markenverfassung*: 395.

24. MAURER *Einleitung*: 334.

25. Cfr. le lettere di Marx ad Engels del 14 e 26 marzo 1868, in K. MARX - F. ENGELS *Briefwechsel* IV (Berlin 1950) documenti 1113 e 1119, come anche le lettere di Engels a Marx del 15 e 16 dicembre 1882, in MARX-ENGELS *Ibid.* documenti 1563 e 1564. La seconda edizione della *Einleitung* di MAURER, che apparve nel 1896, fu curata — e ciò è caratteristico — dal marxista Cunow e fu presentata con una Prefazione iniziale che contiene un giudizio molto positivo dei lavori di Maurer: cfr. MAURER *Einleitung*: III-XXXVI, sopra tutto VI-XII.

umana e al suo sviluppo.[26] Inoltre le ricerche storico-costituzionali di Maurer costituirono per Marx ed Engels la solida cornice teoretica dell'ordinamento sociale dell'uomo e della sua evoluzione storica.

In tal modo appare chiaramente il comune punto di partenza della teoria sociale liberale e marxistica nell'originaria libertà ed assenza di signoria e l'estraneità dalla storia propria di entrambe le teorie, nel rendere assoluti istituzioni e concetti che si sono invece sviluppati storicamente.

II.

Dal momento che Maurer si rivolge alle fonti della storia costituzionale, basandosi su questi concetti e distinzioni, è naturale che ai suoi occhi lo sviluppo storico-costituzionale si presenti come un insieme definito ed unitario. Maurer ha ricostruito tale insieme basandosi su una quantità enorme di materiale e ne ha dato descrizioni in tutto dettagliate. Questo aspetto della sua ricerca non dev'essere tuttavia esaminato approfonditamente in questa sede: rileva molto di più ricercare l'articolazione interna, gli elementi portanti dell'edificio costituzionale descritto e del suo sviluppo organico. A questo scopo soccorre in primo luogo la Introduzione che Maurer ha premesso alle ulteriori descrizioni: essa contiene, come egli stesso dice, le «idee fondamentali di tutte le condizioni e gli ordinamenti» che nei lavori successivi vengono trattati singolarmente.[27]

1. L'ordinamento costituzionale più antico è per Maurer fin dall'inizio formato da ‹comunità di marca›:[28] queste ultime costituiscono il principio costruttivo universale dal quale sorgono tutti gli altri ordinamenti. In tal modo Maurer si differenzia da Möser e da altri, che prendono le mosse dalle singole ‹corti› e dai loro isolati Signori di casa e fanno derivare le associazioni comunitarie solo dalla loro confluenza graduale e talora limitata a scopi precisi.[29]

26. È caratteristica a questo proposito l'osservazione di Engels sulle tesi fondamentali di Maurer, in F. ENGELS *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats* (Berlin 1958) ‹Marx-Engels Ausgewählte Schriften, 2› 234. Inoltre il saggio di Engels *Die Mark*, che fu composto nel 1882 come Supplemento all'opuscolo *Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft*. La costituzione di Marca viene qui intesa, come in Maurer, come «fondamento e modello di ogni costituzione pubblica» nel Medioevo ed il suo significato e sviluppo viene rappresentato nel senso delle tesi di Maurer: cfr. F. ENGELS *Zur Geschichte und Sprache der deutschen Frühzeit* (Berlin 1952) 154-172. Quale significato Engels attribuisca ai lavori di Maurer è mostrato anche dalla sua lettera a Bebel del 23 settembre 1882, in ENGELS *Ibid.* 185.

27. MAURER *Einleitung*: Prefazione XXXVIII; cfr. anche l'Intorduzione di Cunow alle pagine VI-VII.

28. Cfr. MAURER *Einleitung*: 1-12; MAURER *Markenverfassung*: §§ 1-4, pagine 1-10.

29. Cfr. ‹retro› Capitolo 1 II (Möser), 2 I (Hüllmann); inoltre MAURER *Einleitung*: 2.

Ma nonostante le reminiscenze di un comunismo originario, che si manifestano in una concezione del genere, non vi è una differenza di principio, ma solo una relativa al punto di partenza. Comune è il modello sociale organico-naturalteoretico, ma mentre Möser si trovava ancora sotto l'influsso delle teorie del contratto sociale dalle quali il suo pensiero derivava molti elementi, più vicino alla teoria organica in quanto tale si trovava il punto di partenza di un insieme di ordinamenti sociali esistenti fin dall'origine, introdotto da Maurer.

È importante che si tratti fin dall'inizio di associazioni concepite in senso comunitario ed egualitario, che sono prive di un potere signorile superiore: esse costituiscono la forma generale di ordinamento. Per dedurre questo quadro dalle fonti, Maurer spesso si rifà a testimonianze più tarde, in primo luogo ai diritti nazionali e alle sentenze che sono per lui indicazioni di consuetudini a lungo usate e risalenti ai tempi originari.[30] Egli si riferisce talora agli elementi comunitari di tali consuetudini e li interpreta dal punto di vista dei suoi concetti, astratti però dal loro correlato signorile.[31] In tal modo si compone il quadro delle consociazioni ⟨Genossenschaften⟩ libere da signoria, aventi radici ‹reali› e basate sull'uguale posizione giuridica di tutti i proprietarî pienamente liberi:[32] esse, con proprie comunità ⟨Gemeinde⟩ religiose,[33] propria pace di mercato,[34] e ufficiali-capi eletti,[35] costituiscono il fondamento della costituzione delle stirpi germaniche dopo il conseguimento della stabilità.[36] Tacito può aver inteso come « vici » solo « unioni di singole corti » e l'istituzione di ‹corti› (‹curtes›)

30. Questo procedimento viene impiegato da Maurer in tutte le sue opere; cfr. per esempio i documenti per la costituzione originaria di marca e di villaggio, in Maurer *Einleitung*: 12-171; la giustificazione portata da Maurer per ciò, in Maurer *Einleitung*: 172, ma vedi anche ‹infra› III. Che questa specie di « Rückblendung » valga per l'intera teoria della ‹comunità di marca› è stato dimostrato da K. S. Bader *Das mittelalterliche Dorf als Friedens- und Rechtsbereich* (Weimar 1957) 4-5.

31. Che alle Marche, fin dalla loro nascita, appartenessero elementi tanto signorili che comunitari, per cui all'interno di un rapporto di signoria sussitevano libertà comunitarie più o meno grandi, è stato mostrato da A. Dopsch *Die freien Marke in Deutschland* (Baden bei Wien-Leipzig-Brünn 1933) *passim*, ma sopra tutto 20-32, 79 ss. Ciò non comporta alcuna presa di posizione sulla tesi di Dopsch, secondo la quale la signoria terriera si situerebbe all'inizio del processo storico, mentre invece la libertà sarebbe un'acquisizione storica: A. Dopsch *Ibid.* 98-102.

32. Cfr. Maurer *Einleitung*: 138-139, 141-145; Maurer *Markenverfassung*: 70 ss; per l'identica organizzazione: Maurer *Einleitung*: 71-72, 80-83, e 173-174, dove l'uguaglianza originaria viene presupposta come condizione dei mutamenti successivi; per il carattere‹ reale› delle ‹comunità di marca› cfr. Maurer *Markenverfassung*: 59-62.

33. Maurer *Einleitung*: 167-169; come prova vengono impiegati per lo più insediamenti di Monasteri.

34. Maurer *Einleitung*: 169-171.

35. Maurer *Einleitung*: 139-141; Maurer *Markenverfassung*: 208 ss.

36. Per la critica fattiva a queste affermazioni cfr. K. S. Bader *Das mittelalterliche Dorf* cit., 2-8.

come tali non è manifestazione di signoria locale o terriera — anche se esse si trovano all'interno di una ‹villa› come palazzo —, ma riguarda tutti i membri pienamente liberi.[37] Così differenti concetti delle fonti, come ‹comes loci›, ‹thunginus›, ‹decanus›, ed anche ‹centenarius›, ‹praefectus› e ‹praepositus› sono solo nomi diversi, secondo i territori, per la stessa cosa: cioè il capo o giudice di Marca eletto.[38]

Questo quadro costituzionale universale, democratico, comunitario condiziona anche l'interpretazione delle spedizioni di conquista e delle annessioni territoriali; esse si compiono prescindendo dalla signoria: gruppi a base comunitaria conquistano le Gallie e suddividono la terra fra i loro membri.[39] « Le grandi stirpi nazionali vi migrarono in guisa di orde — solitamente costituite da cento uomini — e occuparono la Marca comune mantenendola in comunione indivisa ».[40] L'insieme di più ‹centurie› hanno poi formato « palesemente » una Marca o una ‹centena› più ampia ed hanno costituito il fondamento per i distretti del Conte e di ‹centena› franchi: il ‹pagus› è l'ambito territoriale occupato da una tale « ripartizione di popolo », il ‹huntari›, ‹tribunus› e simili è il suo « capo ».[41]

2. Come sorgono ora da questo punto di partenza le strutture signorili, signoria terriera e costituzione curtense, e il ‹potere pubblico› superiore? Il sistema concettuale impiegato da Maurer gli offre tutte le possibilità per una spiegazione organica nel senso di una crescita continuata. Mentre egli riduce ogni signoria, in senso patrimoniale, ad una funzione della proprietà, pensata in termini privatistici,[42] il mutamento della costituzione della proprietà, che si compie per lui attraverso il superamento della ristretta comunità di marca, attraverso la presa di possesso di nuova terra e attraverso il trasferimento della proprietà per mezzo di negozi giuridici, diventa la fonte di questi mutamenti così ampi.

Chiaramente egli afferma che la signoria terriera come tale non è una costruzione tarda, ma una « istituzione germanica originaria ».[43] Ciò consegue necessariamente dallo stesso concetto di proprietà, al quale è già immanente la signoria come espressione della piena libertà di proprietà.[44] Ma dapprima, finchè non vi fu nessuna proprietà particolare, la stessa comunità di marca era « la reale proprietaria in senso stretto della foresta, dell'acqua e dei pascoli »,

37. Maurer *Einleitung*: 26-27, 29-31.
38. Maurer *Einleitung*: 139-140.
39. Maurer *Einleitung*: 72, 60 ss.
40. Maurer *Einleitung*: 60.
41. Maurer *Einleitung*: 60 e 62-63.
42. Vedi ‹retro› I, pagina 172.
43. Maurer *Einleitung*: 226; Maurer *Hofverfassung*: I 1-2.
44. Cfr. ‹retro› I, pagina 172 e Maurer *Einleitung*: 104-105.

la signoria terriera nel territorio occupato spettava alla « collettività ».[45] All'epoca delle grandi spedizioni migratorie o di conquista tutta la terra era originariamente terra comune, terra del popolo, come Maurer prova sulla base di Tacito e delle condizioni dei Regni del Nord;[46] fino a questo momento la signoria non era ancora apparsa, dal momento che vigeva la uguaglianza giuridica comunitaria di tutti: essa sorge come tale solo in concomitanza con il crearsi delle proprietà particolari sui beni liberi. Con il sopravvenire delle « proprietà terriere private » si costituiscono in ogni territorio tante signorie terriere quanti sono i proprietari liberi e corrispondentemente la signoria terriera della collettività o del Re, dove questo esiste, si riduce per lo più alla terra indivisa che è rimasta:[47] in quest'ultima risiede l'origine delle signorie terriere regie e delle foreste regie.[48]

Questa derivazione dell'ordinamento signorile dagli originari rapporti comunitari di uguaglianza presupposti ha incontrato la particolare approvazione di Engels:[49] partendo da essa vien dato spazio a tutte le successive elaborazioni a sfondo patrimoniale.

I molti ordinamenti signorili concreti che caratterizzano il mondo medioevale vengono ricondotti, nel loro apparire, ad un'accumulazione della proprietà terriera, che si compie nell'epoca merovingia e carolingia. Da essa si sviluppano le grandi signorie terriere, la ‹potestas potentium› e più tardi anche i Territori.[50] Accanto a ragioni particolarmente significative sul piano organico e già indagate, come le divisioni ereditarie, le cessioni attraverso negozi giuridici ed altre, che Maurer deduce dalle fonti,[51] sono per lui prima di tutto i frequenti trasferimenti e donazioni dei così detti ‹liberi del Re› alle Chiese e ai Monasteri o a Signori secolari, che rendono possibile questa accumulazione. Questi ‹liberi del Re› sono per lui, giusto il presupposto quadro costituzionale, gli originari ‹liberi› di pieno diritto, e corrispondentemente a ciò questo processo appare come la grande stratificazione della proprietà, che deve avere come conseguenza il superamento delle antiche associazioni comunitario-egualitarie.[52]

45. MAURER *Einleitung*: 105-107, 112-113.
46. MAURER *Einleitung*: 93.
47. Cfr. su ciò MAURER *Einleitung*: 93-94, 228-229 e 112 ss, per le signorie terriere provenienti dalle terre regie.
48. MAURER *Einleitung*: 96-97, 229.
49. Cfr. F. ENGELS *Zur Geschichte und Sprache* cit., 154 ss.
50. Cfr. MAURER *Einleitung*: 203 ss, 229-231.
51. Cfr. MAURER *Einleitung*: 72-73, 83, 203-207.
52. MAURER *Einleitung*: 209 ss. Maurer aderisce con ciò alla tesi delle relazioni non ordinate e in termini di potere del tardo periodo merovingio e fornisce come prova le prescrizioni dei Capitolari contro la « oppressio pauperum » attraverso Conti ed altri: MAURER *Einleitung*: 210-211, note 60-61.

Alla fine solo i titolari di diritti signorili rimangono gli « unici liberi di pieno diritto »; essi soli mantengono garantiti i loro antichi diritti.[53] Le loro ‹corti›, la ‹casa dominicata›, anche la ‹casa regalis›, sopra tutto le molte sedi di giudicatura nelle comunità di villaggio non sono altro che sedi di abitazione rimaste in funzione, di cui in precedenza disponevano tutti i liberi proprietari.[54]

Spiegando in tal modo il venir meno della piena e generale libertà dei proprietari sulla base del suo progressivo superamento, da una parte Maurer si mantiene nell'ambito del modello già descritto, ma dall'altra ha anche la possibilità di ricostruire in qualche modo le condizioni del mondo medioevale, non più strutturate in senso egualitario-comunitario. Dalla formazione delle signorie terriere deriva come conseguenza: che i ‹liberi› rimasti tali diventano ‹nobiles› privilegiati, i quali si danno un modo di vita del tipo dei cavalieri; che viene istituita un'amministrazione avvocaziale e patrimoniale; che si contrappongono da una parte liberi beni in proprietà e dall'altra beni censuarî, i quali vengono coltivati per mezzo di servi o servi per la persona; che dalle grandi ‹corti› signorili sorgono nuovi insediamenti signorili e nuovi villaggi; che le città spesso vengono considerate dai signori terrieri come città signorili, non solo appartenenti al libero territorio regio.[55] Tutto ciò può in tal modo, pur con ogni derivazione storica errata, essere visto e conosciuto nella sua intima struttura.[56]

Allo stesso modo che ai diritti signorili nobiliari, anche ai successivi diritti signorili e regali pubblici viene attribuita un'origine patrimoniale. I diritti sulle foreste, sui fiumi, sui cammini e sulle strade, il diritto di spiaggia, il diritto sulle sponde del mare ed altri: tutto ha la sua origine nella ‹signoria terriera› del Re

53. MAURER *Einleitung*: 236. È sintomatica la descrizione della costituzione dei villaggi signorili: attraverso un processo di acquisizioni giuridiche, uno dei signori terrieri della ‹villa› gradualmente diventa il solo, esiste a questo punto solo una corte signorile e tutti gli altri possedimenti sono ‹beni censuari›, divenuti corti di contadini (pagina 232). L'insediamento su terra signorile viene tuttavia d'altra parte considerato la via più frequente.

54. MAURER *Einleitung*: 231-232; cfr. inoltre MAURER *Hofverfassung*: I 1 ss.

55. Cfr. MAURER *Einleitung*: 245-248, 252 ss; per le città: MAURER *Städteverfassung*: I 28-29.

56. È sorprendente come vengano intese e descritte le diverse specie di città: cfr. MAURER *Städteverfassung*: I 72 ss. Maurer distingue fra città libere, città libere dell'Impero, città con signoria sul contado, città vescovili, città dotate di signoria terriera, secondo il terreno e il luogo sul quale sono costruite. Sotto l'aspetto patrimoniale ciò significa esattamente che la qualità giuridica delle città è definita dal rapporto di signoria e dall'ambito territoriale di signoria, all'interno dei quali esse sono costruite. Se si tiene presente che la proprietà è ‹dominium› e ‹advocatia› (cfr. ‹retro› Sezione 2 IV 1, pagina 156) l'insieme è completamente chiaro. Maurer può anche riconoscere gli ‹homines liberi› per tutto il periodo carolingio come obbligati alla difesa, situati in un rapporto giuridico signorile nei confronti del Re: cfr. MAURER *Hofverfassung*: I 104-110. La sua teoria gli dà sopra tutto la possibilità di rappresentare in modo strutturale gli ordinamenti signorili, una volta che sono sorti, sotto un aspetto patrimoniale. Ciò viene continuamente ribadito nella *Geschichte der Fronhöfe, Bauernhöfe und Hofverfassung*, composta in 4 volumi.

sulla ‹terra comune› che comprende tutta la terra indivisa, non caduta in proprietà di nessuno.[57] Ciò che è pubblico secondo il contenuto, proviene dalla proprietà e dal diritto di disposizione regî, che per loro parte vengono pensati in termini completamente privatistici.

3. Il ‹potere pubblico› stesso non ha, d'altra parte, al contrario di ogni altro potere signorile, assolutamente origine patrimoniale. Esso viene considerato da Maurer, fin dal principio, come autonomo e si contrappone alla sfera dei diritti signorili patrimoniali, dalla quale è rigorosamente separato.[58] Il dualismo di autonomia signorile-nobiliare o corporativa e di diritto sovrano statale, come risultava dalle condizioni del tardo Stato per ceti e come si consolidò dal punto di vista organizzativo nel corso del XIX secolo per il settore dell'amministrazione locale, è il punto di partenza metodologico e condiziona ogni interpretazione storica.

Certamente il ‹potere pubblico› di Maurer resta sempre un prodotto dello sviluppo sociale organico, dal momento che esso sorge solo d o p o gli ordinamenti comunitari e signorili e come soprastruttura di quelli.[59] Ma tale potere non sorge da questi ultimi per via di una continuità interna, bensì si inserisce su di essi come qualcosa di autonomo in seguito a dati storici esterni. Esso ha origine, dice Maurer, « nella sua sostanza, solo a partire dalle frequenti guerre con i Romani e dalle migrazioni di popoli ».[60] L'ambito di competenza di questo potere pubblico è per Maurer in sè solo il regolamento e la difesa della pace territoriale, ma grazie al diritto supremo di controllo e al potere di sanzione ed esecutivo, che ne conseguono, esso fonda anche una signoria dotata di possibilità d'intervento ed ha, quanto alla sostanza, carattere statale, anche se Maurer non fa uso di questa definizione.[61] La forma sotto la quale compare è il potere regio e il derivante potere giurisdizionale e di ‹eribanno› del ‹Conte di distretto› (Gaugraf) che dappertutto subentra come istituzione ‹statale›.[62]

Nella misura in cui questo potere pubblico si contrappone agli ordinamenti comunitari o signorile-terrieri già formati, si pone subito il problema del loro dualismo, della rispettiva delimitazione, e dell'influsso reciproco. Maurer si orienta alle forme del ‹Self-government› inglese e dell'amministrazione locale tedesca del XIX secolo, che egli intende come i due tipi di realizzazione

57. Cfr. MAURER *Einleitung*: 113-114, 116-121.
58. Cfr. MAURER *Einleitung*: 334, e MAURER *Markenverfassung*: 373-374.
59. MAURER *Einleitung*: 330-332: « Originariamente esisteva una semplice comunità di famiglia, di discendenza o di stirpe ed una comunità di marca ».
60. MAURER *Einleitung*: 332.
61. MAURER *Einleitung*: 336-337; MAURER *Markenverfassung*: 395-396.
62. Maurer non ha dichiarato espressamente ciò, ma il « potere pubblico » è presupposto in questo modo, in molti luoghi dei singoli volumi.

storica di questo rapporto. In Inghilterra il potere pubblico è stato posto anche nelle mani delle comunità e delle città, in Germania al contrario si è osservata una rigorosa separazione fra potere pubblico da una parte e potere signorile terriero, potere della ‹comunità di marca›, dall'altra: solo nelle città regie e attraverso la concessione della giurisdizione inferiore ai signori terrieri si è creato un certo legame fra i due tipi.[63] Le altre problematiche si muovono poi nell'ambito contraddistinto dal solito modello costituzionale: crescente ereditarietà del potere comitale, nascita della sovranità territoriale dalla ereditarietà dell'ufficio di Conte o dall'immunità e dalla signoria terriera regia, pregiudizio arrecato dal legame di potere pubblico e potere signorile-terriero alla libertà delle ‹comunità di marca›, necessità di un legame diretto con l'Imperatore e l'Impero per il mantenimento dell'antica libertà, etc.[64] Tutto ciò viene svolto da Maurer solo per cenni, dal momento che il volume sulla storia del potere pubblico non è mai stato scritto.

III.

Se si osserva questo sistema di fondo che reiteratamente compare nelle singole descrizioni della costituzione di marca, di ‹corte›, di villaggio e di città, appare chiaro il suo carattere costruttivo-teoretico. Il processo storico diventa un caso di applicazione di una ben definita teoria sociale orientata in senso organico-liberale. Questo momento social-teoretico aveva il suo fondamento nel pensiero costituzionalistico del liberalismo organico esattamente come il momento nazional-politico-costituzionale, che era decisivo per Waitz. Tale particolare direzione, ‹tedesca›, del liberalismo aveva infatti la sua radice non solo nel pensiero del movimento nazionale principalmente orientato in senso storico-politico, ma anche nel mondo delle teorie dell'origine e della fondazione di Società e Stato: qui la teoria storico-organica di Società e Stato si contrappose alle teorie contrattuali individualistico-astratte.[65] In corrispondenza a ciò anche la problematica è talora diversa. Se per Waitz, in base alla sua problematica nazional-politico-costituzionalistica, si poneva in primo piano la prova delle forme costituzionali libertario-costituzionalistiche e statuali del periodo germanico e franco e solo dopo ciò entrava in gioco la teoria storico-organica, a fini di completamento e per colmare le lacune, il problema di Maurer è fin dal principio teoretico, rivolto alla costruzione generale e storica e allo sviluppo di libertà, signoria e potere pubblico, alle leggi organiche dello sviluppo storico-costituzionale.

63. Cfr. MAURER *Einleitung*: 333-334.
64. La dimostrazione di ciò in MAURER *Einleitung*: 334-337.
65. Cfr. ‹retro› Sezione I II 3, pagine 127-128.

Maurer ha una manifesta inclinazione per i richiami e gli scorci etnologici, e le tesi che egli sviluppa valgono per l'intero mondo germanico.[66] Ora, per provare sulla base delle fonti quel processo storico che corrisponde al modello organico liberale, egli lavora, in misura accettabile, con induzioni comparative. Le sue ricostruzioni cadono sempre in due settori: la situazione originaria della costituzione di marca, di villaggio e di ‹corte› e le successive sue modificazioni.[67] Per il primo settore egli si rifà a risultati e a dati più remoti, per il secondo si appoggia su dati successivi; la situazione originaria dell'universale costituzione di marca viene dedotta da leggi nazionali, consuetudini, documenti e raccolte di atti legislativi, fonti tedesche e nordiche.[68]

In che modo Maurer fonda un tale procedimento per induzione? Esso « è necessario perchè noi non possediamo sui tempi più antichi nessuna testimonianza precisa: la situazione più antica dev'essere ricostruita da quella successiva, per la quale quelle testimonianze esistono, in modo da poter essere ricostruita in termini precisi, in collegamento con il diritto nordico ».[69] Qui il principio è espresso in tutta chiarezza. Una volta che ci si è affidati ad un tale procedimento, ne discende come conseguenza che vengono considerati nella ricostruzione delle condizioni precedenti solo quegli elementi delle fonti successive che corrispondono alla problematica presupposta; dunque, per Maurer, valgono come sviluppo della situazione originaria solo le forme di ordinamento comunitarie, non invece quelle signorili. In tal modo non solo si chiude il cerchio, ma anche il carattere del metodo diventa manifesto: le fonti non servono più alla diretta conoscenza storica, ma come prova di una concezione teorica preesistente.

Con ciò però non si vuole per nulla esprimere un giudizio negativo, ‹a priori›, sul quadro così formato dei processi storici. Infatti la teoria dello sviluppo storico costituzionale non può essere rigettata come tale; il suo valore storico di conoscenza dipende piuttosto dalla profondità con cui essa, procedendo da suggestioni esterne, incide sulla realtà storica o esprime in pensieri questa stessa realtà. Nella misura in cui Maurer intende il potere politico come un avvenimento storico e come qualcosa di sostanzialmente diverso dal potere signorile, diventa possibile per una ricostruzione patrimoniale e apolitica comprendere il potere signorile ed i concreti ordinamenti signorili sopra tutto nella loro individualità e nel loro significato costitutivo per l'ordinamento

66. Cfr. ad esempio MAURER *Einleitung*: 2-4, 12-14 per il significato di ‹Adel›, ‹edel›, ‹allod› eccetera; i documenti alle pagine 71-73, 92-93 per l'origine dei diritti di proprietà su terra comune di marca; 106 ss per i diritti regi di disposizione e per la signoria terriera regia; inoltre in generale MAURER *Hofverfassung*: I Prefazione IV.

67. Cfr. il Sommario in MAURER *Einleitung*: XLI e XLIV ss, ma anche 172.

68. Le prove citate in MAURER *Einleitung*: 1-172 confermano ciò, nel loro reciproco intrecciarsi, ad ogni pagina.

69. MAURER *Einleitung*: 172.

politico del Medioevo. Non è necessario considerarlo solo come privatizzazione e sostanziale usurpazione di diritti statali. Ma d'altra parte proprio la generalità formale e l'astrattezza dei concetti e delle distinzioni di Maurer, strutturati in senso ‹statuale›, gli impedisce di comprendere l'ordinamento della ‹comunità di marca› e signorile diversamente che come forme di ordinamento generali, contrapposte l'una all'altra, che possono esistere storicamente solo nel caso che l'una succeda all'altra e la sostituisca. Le concrete relazioni e le molteplici connessioni fra loro esistenti gli devono necessariamente restare nascoste; nei casi in cui, nell'epoca successiva, si rinviene ancora la libertà propria della ‹comunità di marca›, essa è una prosecuzione della situazione iniziale, che è rimasta inalterata e non una nuova costruzione all'interno delle associazioni signorili.

Eppure dalla teoria di Maurer non vi era ormai più che un passo per collocare finalmente l'una accanto all'altra signoria e comunità e per comprenderle entrambe come principî di ordinamento efficaci fin dall'inizio: l'andamento dello sviluppo costituzionale risulterà allora dalla loro unione e contrapposizione. Nell'opera di Gierke questo passo viene compiuto fino in fondo.

Sezione IV.

La storia costituzionale come processo di sviluppo predeterminato verso lo Stato costituzionale monarchico liberale: Otto von Gierke.

I.

Le due correnti originarie di pensiero del liberalismo organico, la nazional-politica costituzionalistica e la evolutivo-storica social-teoretica, che si mostrarono presso Waitz e G. L. von Maurer già precisate come forze decisive della ricerca storica, si ricomposero nell'opera di Otto von Gierke in un'unità inscindibile. Sia il pensiero sullo Stato e sulla costituzione che il quadro storico del liberalismo organico giungono così ad una espressione tipica che ha svolto i suoi effetti ben oltre il suo tempo. Il punto centrale per le problematiche storico-costituzionali di Gierke è la sua concreta dottrina dello Stato: essa raggiunge il suo apice nel pensiero della personalità statale organica come conciliazione di signoria e comunità, di unità e libertà.[1]

1. Questa dottrina, come abbiamo visto,[2] si fondava sul pensiero costituzionalistico tedesco stesso; per Gierke essa derivava inoltre particolarmente

1. Per i dati biografici e per il giudizio complessivo si rimanda al Capitolo su Otto Gierke, in E. Wolf *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (Tübingen 1951[3]).

2. Cfr. ‹retro› Sezione 1 III 2, pagine 129-132 e ss.

dal suo Maestro Georg Beseler.[3] Nell'opera *Volksrecht und Juristenrecht* Beseler aveva fornito il fondamento teorico per la battaglia dei Germanisti contro il predominio del diritto romano e contro lo Stato regolamentatore, ‹autoritario›, ancora ostile al popolo; contro il diritto estraneo al paese, astratto, dei giuristi colti egli aveva invocato il diritto nazionale, vivente nella coscienza del popolo, e l'antica libertà comunitaria.[4] Beseler aveva anche descritto per la prima volta in modo approfondito la dottrina della comunità come una costruzione peculiare del diritto tedesco: la sua origine nello spirito associativo germanico, la sua essenza come una totalità propria, autonoma nei confronti dei suoi membri, che tuttavia non è separata da questi ma è legata ad essi in molteplici maniere dal punto di vista giuridico, la sua capacità di trovare realizzazione nell'ambito inferiore delle comunità come nell'alta sfera dello Stato, infine la varietà di forme sotto la quale apparve e la sua partecipazione al potere pubblico nell'ordinamento politico tedesco antico e medievale.[5] L'esigenza politica era direttamente legata a ciò: bisognava rinnovare la vita comunitaria non solo nei riguardi della « solida sottostruttura della libertà politica »: le comunità, ma anche « negli ambiti superiori » della vita statale.[6]

Il quadro della storia costituzionale che Beseler traccia è completamente influenzato dal pensiero organico liberale e nazionale. Dalla famiglia, il « fondamento generale delle associazioni umane » si sono sviluppate, come entità politiche comunitarie, i « raggruppamenti ulteriori »; i liberi membri della comunità popolare ⟨Volksgemeinde⟩ erano i titolari del potere pubblico, la « libertà generale » era il vero e proprio nucleo e punto centrale della costituzione.[7] Anche le fasi successive si mantengono del tutto nell'ambito del modello valido per i Germanisti; lo sviluppo successivo e il significato dell'elemento comunitario nella costituzione, come anche il sorgere e il decadere dell'unità nazionale e della coscienza nazionale vengono in tal modo riportate particolarmente in luce da Beseler.[8]

3. Sul rapporto di Gierke con Beseler, con il quale egli ottenne l'abilitazione, cfr. U. Stutz *Zur Erinnerung an Otto von Gierke*, in « *ZSSR*(G) » 43 (1922) XI-XII. Il primo volume del *Deutsches Genossenschaftsrecht* è dedicato a Georg Beseler.

4. Cfr. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III 2, pagine 513-514; F. Schnabel *Deutsche Geschichte* cit., III 67-68. Sui contrasti polemico-letterari che seguirono alla pubblicazione dell'opera riferisce lo stesso O. von Gierke *Georg Beseler*, in « *ZSSR*(*G*) » 10 (1890) 9-10. Inoltre anche E. R. Huber *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., II 391-392.

5. Su ciò G. Beseler *Volksrecht und Juristenrecht* (Leipzig 1843) 159-160, 169 ss.

6. Beseler *Ibid.* 160.

7. Cfr. Beseler *Ibid.* 5-6.

8. Cfr. Beseler *Ibid.* 7-12, 18-26. Nei Re sassoni compare la « coscienza di un'unità nazionale », l'Impero storna le forze migliori verso l'Italia, e nel Regno l'« impulso verso l'unificazione » nella forma costituzionale non trovò un contrappeso sufficiente (pagine 11-12). L'Impero perdette così la « posizione di guida della nazione », e le « stirpi nobili », che per nascita e potenza

Beseler militava nelle file avanzate del movimento liberale e nazionale; le Assemblee dei Germanisti, il Parlamento della Paulskirche, la Dieta prussiana, la Camera dei Signori e la Dieta imperiale lo annoverarono fra i loro membri.[9] La lotta per lo Stato costituzionale liberale, per la rinascita ed il compimento della libertà comunitaria nazionale tedesca, lo ha accompagnato per tutta la vita. In tal modo egli ha tramandato al suo allievo Gierke, insieme alla conoscenza della disciplina, anche la forza spirituale interna, l'incrollabile volontà di lotta per la libertà, per il diritto tedesco e lo Stato tedesco che avevano improntato l'intera generazione dei Germanisti.[10]

La concreta dottrina comunitaria dello Stato di Gierke si è sviluppata da questo contesto intellettuale: in essa si tratta del compimento giuridico in via di principio e dell'interpretazione comunitaria dello Stato costituzionale nazionale, concepito nel senso del liberalismo organico. Esso ricava la sua particolare attualità dallo sfondo del conflitto costituzionale prussiano: in quest'ambito venne difesa ancora una volta, come nel 1848, l'unità dell'elemento nazionale e di quello costituzionalistico e quest'ultimo venne inteso come l'unione organica di monarchia e libertà popolare, prima che il liberalismo perdesse definitivamente la sua forza come movimento politico in Germania, a causa della sua opzione, nell'anno 1866, per l'elemento nazionale a discapito di quello costituzionalistico.[11] Questa situazione trova un'opposizione concreta nell'opera di Gierke.[12]

dominavano fra i ‹liberi comuni›, divennero i portatori dello sviluppo dei territori (pagine 18-19). La storia dei Cavalieri dell'Impero e del movimento di unificazione egli la descrive con intimo pathos come una vera apparizione della «libertà tedesca» (pagine 20-21).

9. Cfr. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III 2, pagine 509-510 e O. VON GIERKE *Georg Beseler* cit., 18. Egli fece parte della Camera dei Deputati del Parlamento prussiano dal 1849 al 1856 e dal 1859 al 1863; alla Dieta dell'Impero dal 1874 al 1881; dal 1875 fece parte del Senato prussiano grazie alla presentazione da parte dell'Università di Berlino.

10. Cfr. su ciò il richiamo a Beseler in O. VON GIERKE *Georg Beseler* cit., 14 ss, 17-18.

11. Anche se si considera con Carl Schmitt l'accoglimento della richiesta per l'indennità più un successo del Parlamento che un successo di Bismarck (C. SCHMITT *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reichs*, 1934, 20 ss) permane la questione di fatto che in tal modo il movimento liberale fu infine privato della sua forza politica. L'alternativa di nazionale e liberale, che si creò nel 1866, doveva per esso divenire mortale. Nel momento in cui il liberalismo, per rispetto alla sua posizione giuridica liberale, non sosteneva più la realizzazione dell'elemento nazionale, si ruppe la sua spina dorsale morale e divenne inevitabile il passaggio ad ogni successivo compromesso costituzionale. Il liberalismo politico degenerò dunque, subito, in un liberalismo economico e abbandonò la teoria dello Stato di diritto al positivismo formale di Laband e della sua Scuola. Su ciò T. SCHIEDER *Staat und Gesellschaft im Wandel unserer Zeit* (München 1958) 152-153; anche E. W. BÖCKENFÖRDE *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus* (Berlin 1958) § 26, pagine 214 ss, e ‹infra›, nella presente opera, al Capitolo 4 I 211 ss.

12. La *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft* di Gierke, che costituisce il primo vo-

La « moderna idea tedesca dello Stato » che egli sviluppa e fonda, è per lui il compimento dell'idea germanica della comunità e insieme la sua conciliazione con l'idea della signoria che si oppone storicamente ad essa: entrambe vengono assunte come momenti dell'unità ‹superiore› dello Stato costituzionale monarchico-liberale. « La moderna idea dello Stato contiene in sè stessa la conciliazione dell'idea originaria di comunità e dell'idea originaria di signoria, delle quali ciascuna si realizza nella sua sfera, mentre la loro contrapposizione deve trovare la sua soluzione in un'unità più alta... Lo Stato costituzionale rappresentativo è una comunità che unisce organicamente, cioè non come somma ma come unità vitale, il fondamento comunitario (la comunità dei cittadini) ed il vertice autoritario (la monarchia) »:[13] ciò che Albrecht aveva per primo formulato giuridicamente, viene costruito sistematicamente da Gierke.[14] Nè principe nè popolo posseggono personalità al di fuori dello Stato, essi sono « solo organo, forma di realizzazione della personalità dello Stato »; il principe è « non più principe di suo proprio diritto, ma principe attraverso il diritto dello Stato », « solo la costituzione » stabilisce il complesso delle sue prerogative e dei suoi doveri;[15] essa non è solo una limitazione, ma il fondamento stesso della sua posizione di forza. Riguardo al conflitto prussiano, Gierke era in tal modo decisamente a favore della rappresentanza popolare.

Si disconoscerebbero queste teorie, se si volesse ridurle alla legittimazione giuridica della posizione liberale intermedia fra monarchia e sovranità popolare.[16] Per Gierke e per il liberalismo organico essa era di più: apparteneva proprio alla natura dello Stato germanico, tedesco, che esso fosse « secondo il suo fondamento una comunità, secondo la sua forma di attività una signoria », rinnovando così il legame germanico di monarchia e libertà popolare.[17] In questa teoria ed in una realtà politico-sociale ordinata in corrispondenza ad essa doveva manifestarsi il compimento del pensiero statale germanico, nazionale. Contemporaneamente la medesima teoria corrispondeva alla concezione

lume del suo già citato *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, nel quale è esposta nei suoi tratti fondamentali la sua concreta dottrina dello Stato, apparve nel 1868. Un buon terzo di questo volume era stato presentato alla Facoltà giuridica di Berlino come scritto di abilitazione: cfr. U. STUTZ *Zur Erinnerung* cit., XIII-XIV. La sua origine ed il suo concepimento sul piano del pensiero cade dunque negli anni precedenti al 1866, cioè nel periodo del conflitto prussiano. Gierke viveva a quel tempo a Berlino.

13. GIERKE: I 883.

14. Sul legame fra i due cfr. G. VON BELOW *Der deutsche Staat* cit., 167 ss.

15. GIERKE: I 828.

16. Così in particolare R. HÖHN *Otto von Gierkes Staatslehre und unsere Zeit* (Hamburg 1936) 36-37; anche C. SCHMITT *Verfassungslehre* cit., 54-55, 8. Cfr. già ‹retro› Sezione I III 2, pagine 132 ss.

17. La citazione si trova in O. VON GIERKE *Der germanische Staatsgedanke* (Berlin 1919) 7, e in *Recht und Sittlichkeit*, in « *Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie und Kultur* » 6 (1916-1917) 262-263.

organica di Stato e Diritto, che implicava il concetto di Stato come una totalità autonoma, formatasi storicamente, in sè conchiusa, ordinata secondo capo e membra.[18]

2. Questa dottrina dello Stato concreta, comunitaria, è contemporaneamente in Gierke espressione di una teoria generale dell'associazione. La costruzione dell'ordinamento sociale si compie per lui attraverso una serie di fasi intermedie rappresentate da comunità in parte naturali, in parte volontarie, la più elevata e la più completa delle quali è lo Stato.[19] Allo Stato perciò non pertiene, in confronto alle altre comunità, nessuna differenza sostanziale, ma solo una relativa all'ambito: Gierke ha ripetutamente sottolineato ciò.[20] Anche la sovranità gli conferisce solo una qualità particolare, ma non fonda alcuna differenza di genere. Dunque una « sfera giuridica pubblicistica » ed un potere pubblico autonomo non sono propri solo dello Stato ma allo stesso modo, in base alla loro natura, anche delle più piccole associazioni, a quello subordinate. Gierke non ha mai cessato, a favore di questa sfera giuridica pubblicistica propria, di combattere l'« autonomia » delle associazioni minori.[21]

In base alle esperienze del presente sarebbe facile scorgere in questa teoria la fondazione di un pluralismo sociologico ed un generale pensiero associativo;[22] ma in tal modo essa verrebbe situata in un contesto errato. Essa non è concepita sulla base della Società in contrapposizione allo Stato e in vista del suo superamento, ma in connessione con la tradizione dell'antica vita politica

18. Per questa efficacia sul piano della legittimazione della teoria dello Stato come organismo per il pensiero teorico-costituzionale di Gierke, cfr. R. Höhn *Gierkes Staatslehre* cit., 62 ss. Va citato anche E. Wolf *Grosse Rechtsdenker* cit., 681, quando scorge presente nell'opera di Gierke il legame di dottrina dello Stato concreta e di generale riconoscimento sostanziale delle associazioni umane.

19. Cfr. Gierke: I 1.

20. Espressamente in Gierke: I 832-833: lo Stato, nel senso dell'idea tedesca moderna di esso, « non è genericamente separato dalle più ristrette associazioni di diritto pubblico in esso contenute, dai comuni e dalle corporazioni, ma si contrappone ad esse come la più perfetta delle imperfette fasi di sviluppo... È dunque della stessa natura dei comuni e delle comunità ». Dunque, tradotto in termini concettuali (Gierke: II 831), lo Stato è da una parte la « più alta generalità divenuta persona », dall'altra « solo l'ultima componente nella serie delle associazioni sviluppate su base personale, nel senso che esso, come quelle, incorpora — conducendola ad unità giuridica — la volontà comune in contrapposizione agli individui associati fra loro ». Nella recensione al libro di P. Sander *Feudalstaat und bürgerliche Verfassung*, che si trova in « *ZSSR(G)* » 27 (1912) viene tuttavia riconosciuta (alle pagine 616-617) una differenza di specie fra Stato e associazioni, sulla base della sovranità statale. Comunque in tal modo non è più stata mutata la concezione di fondo di Gierke, come appare chiaramente anche nello scritto successivo sul pensiero statale tedesco (del 1919).

21. Cfr. Gierke: I 833.

22. Così prima di tutti C. Schmitt *Der Begriff des Politischen* cit., 29-30, e H. Krupa *Genossenschaftslehre und soziologischer Pluralismus*, in « *Archiv des öffentlichen Rechts* » (ns) 32 (1940) 97-114.

tedesca e dei suoi unitari ordinamenti comunitari, a cui dev'essere data nuova vita attraverso l'articolazione interna e la conformazione libertaria dello Stato moderno.[23] Gierke permane anche qui nell'ambito del liberalismo organico. Diversamente per Lujo Brentano, che pubblicò nel 1870 la *Geschichte und Entwicklung der Gilden und Arbeitervereine in England*,[24] il suo pensiero comunitario ed il suo interesse per la libertà comunitaria del Medioevo non scaturisce dal suo impegno per la questione sociale e dalle sue vedute sulle condizioni di vita degli operai nella società industriale in via di sviluppo,[25] ma dalla preoccupazione per il compimento dello sviluppo costituzionale nazionale, fondato su basi storiche.[26] Le associazioni comunitarie di Gierke, benchè egli adoperi il concetto in modi diversi, non hanno dunque per niente il carattere di associazioni societarie, di unioni d'interesse degli individui sovrani, ma, per impiegare un'espressione delle fonti, di consociazioni, di comunità che si elevano al di sopra dell'ambito degli interessi individuali riuniti, che raggiungono un'autonomia in contrapposizione ai singoli e rappresentano uno scopo comune e comprendono ed integrano i singoli anche come tali, in rapporto al loro ‹status›.[27] Il modello di ciò è offerto dagli ordinamenti comunitari del mondo medievale — organizzati in senso corporativo e non ancora distinti secondo Stato e Società, potenza ed interesse —, che Gierke d'altra parte, a causa del suo punto di partenza consistente in una teoria della comunità, isola dal loro legame signorile e cerca di rappresentare con moderne categorie di diritto statale.[28]

Gierke dunque non passa dallo Stato moderno al pluralismo sociologico, ma da quest'ultimo risale a quello. La sua grande predilezione per la teoria dello Stato di Johannes Althusius si fonda proprio sul fatto che in lui si tratta di una teoria della consociazione, non di una teoria dell'associazione mecca-

23. In R. Höhn *Gierkes Staatslehre* cit., 104-109, viene osservato molto giustamente che Gierke non conduce le sue argomentazioni nell'ambito del dualismo fra Stato e Società; cfr. inoltre anche E. Wolf *Grosse Rechtsdenker* cit., 675-676.

24. Cfr. L. Brentano *Mein Leben* (Jena 1931) 55. Il titolo originale era: *On the History and Development of Gilds and the Origin of Trade Unions.*

25. Così, espressamente, in L. Brentano *Mein Leben* cit., 45-53.

26. Cfr. Gierke: I 822 ss; O. von Gierke *Der germanische Staatsgedanke* cit., 4 ss.

27. Il termine ‹Gemeinschaft› non è qui impiegato nel senso della coppia concettuale « Gemeinschaft-Gesellschaft » di Tönnies, ma per indicare una superiorità qualitativa nei confronti di associazioni rimaste di natura contrattuale o di scambio. Portare ad espressione sul piano concettuale questa superiorità qualitativa, mirante ad un carattere di ‹status›, è la funzione del concetto « proprio del diritto tedesco » di comunità ⟨Genossenschaft⟩, ed in modo particolare della teoria organica dello Stato. In ciò consiste il fondamento politico e filosofico per la polemica « teoretica » sull'essenza delle associazioni umane e della persona giuridica, polemica nella quale le posizioni opposte sono rappresentate dalla « personalità associativa reale » e dalla « teoria della finzione ».

28. Gierke: I 221.

nico-individualistica della vita sociale:[29] qui Gierke trovò precostituita la sua teoria politica della comunità. Nella stessa direzione si spiega che egli proprio nel modello costituzionale dell'‹*Allgemeines Landrecht*› — che da una parte aveva già raggiunto la generale uguaglianza dei cittadini, ma dall'altra si teneva ancora saldamente fermo alla concezione unitaria della ‹societas civilis› contro la separazione di Stato e Società [30] — scorga una conferma ed un rinnovamento del pensiero statale germanico. « Qui è giunto a piena fioritura il presupposto germanico dell'unità di tutto il diritto, che in ugual misura regola ed ordina le relazioni degli individui fra loro e le condizioni di vita delle associazioni umane ». Al diritto individuale fa seguito il diritto sociale, « costruito sistematicamente dal basso verso l'alto », che trova la sua conclusione con lo Stato nel senso « della comunità più elevata comprendente in sè tutte le altre associazioni ».[31]

In tal modo la dottrina comunitaria dello Stato di Gierke e la sua teoria della consociazione stanno in certa misura in contrasto con la differenziazione e la separazione di Stato e Società.[32] Gierke condivide con il liberalismo organico la relazione determinata storicamente con la realtà e crede di poter risolvere le questioni del suo tempo attraverso la conferma ed il rinnovamento delle forme di ordinamento storico-nazionali sopravvissute.[33] Egli, come d'altra parte il liberalismo organico, non ha riconosciuto la Società civile come tale, nel suo carattere di emancipazione e di superamento nei confronti di questi ordinamenti in quanto realtà in via di realizzazione a partire dal 1789.[34]

L'aspra separazione e contrapposizione di Stato e Società, come si realizzò sempre più nel corso del suo secolo, doveva significare per lui un superamento della strutturazione ‹naturale› organica di Popolo e Stato. Così un intero mondo

29. Cfr. su ciò la descrizione della dottrina dello Stato di Altusio in O. VON GIERKE *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie* (Breslau 1880) 18-36, 161-162. Sulla differenza e la relazione intercorrente fra ‹pensiero consociativo› e ‹pensiero associativo› e sul fondamento storico e teologico, cfr. ora G. OESTREICH *Die Idee des religiösen Bundes und die Lehre vom Staatsvertrag*, in *Festgabe für H. Herzfeld* (Berlin 1958) 16 ss.

30. Su ciò W. CONZE *Staat und Gesellschaft* cit., 6-9. Inoltre ‹retro› Capitolo 2 I.

31. O. VON GIERKE *Der germanische Staatsgedanke* cit., 20-21.

32. Ciò è trascurato da O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 179, allorchè egli vuole collocare la coppia concettuale di Gierke ‹Herrschaft› e ‹Genossenschaft› all'interno della ‹società› e vuole contrapporla ad un ordinamento statale. Per Gierke, diversamente che per Sohm e Below, Signoria non è la contrapposizione (privata) a Stato, bensì qualcosa che pertiene a questo, nel suo interno. Quando E. WOLF *Grosse Rechtsdenker* cit., 575-576, non riscontra in Gierke alcuna coesistenza o contrapposizione di Stato e Società, ma un « Ineinander und Miteinander », anche ciò viene pensato, da parte di Wolf, ancora nell'ambito dello schema Stato-Società.

33. Cfr. su ciò già ‹retro› Sezione 1 III 2, pagina 132 ss.

34. È tipico a questo proposito il discorso commemorativo per Rudolf Gneist, in cui egli afferma che Gneist ha indubbiamente insistito troppo sulla contrapposizione e sul dualismo di Stato e Società. Egli non è interessato al problema.

lo separa dal pensiero associativo di Lassalle e dalla richiesta di associazioni operaie contenuta nel Manifesto comunista,[35] nonostante l'uso dello stesso termine. Egli non compie, come ritiene Carl Schmitt[36] un « passo decisivo » in rapporto ad Hegel e a Lorenz von Stein, ma rimane in una posizione antecedente, dal punto di vista storico e sistematico, a questi teorici di Stato e Società. Anche la sua classificazione social-politica, che più tardi gli fa prendere aspramente posizione contro l'emanazione del Codice Civile,[37] trova in ciò la sua ragione autentica; per essa è decisivo il carattere pre-capitalistico ed anti-individualistico del pensiero ‹tedesco› del Diritto e dello Stato, la conservazione dell'eredità contadino-comunitaria contro la struttura emancipativa della Società industriale.[38]

Dal punto di vista della realtà politico-sociale in cui Gierke si trovava, questa posizione doveva per forza di cose portare a conseguenze pluralistiche e democratiche.[39] Infatti, dal momento che il dualismo di Stato e Società ormai sussisteva, era inevitabile che l'auspicata ‹comunitarizzazione› ⟨Vergenossenschaftlichung⟩ dello Stato dovesse significare la sua ‹societarizzazione› ⟨Vergesellschaftlichung⟩, che il carattere unitario delle associazioni comunitarie diventasse un postulato astratto e la tesi della identità formale di tutte le associazioni sociali riducesse anche lo Stato ad una associazione societaria e lasciasse in tal modo libero campo al pluralismo. Allorchè Bismarck, dopo il conflitto costituzionale, intraprese l'alleanza con i nazional-liberali ed iniziò senza impedimenti la costruzione della società economica liberale, Gierke era già un « arrivato-troppo-tardi », tagliato fuori dal corso della storia.[40] La sua teoria doveva ora portare necessariamente da una parte a conseguenze pluralistico-democratiche, dall'altra a conseguenze pseudo-conservatrici.[41] Ma sussiste una

35. Per il pensiero associativo di Lassalle cfr. H. ONCKEN *Ferdinand Lassalle* (Stuttgart 1912[2]) 316-323.

36. Così C. SCHMITT *Der Begriff des Politischen* cit., 12-13.

37. Cfr. O. VON GIERKE *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Berlin 1889) e l'ampia critica *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht* (Leipzig 1889).

38. Ciò è visto molto bene da H. KRUPA *Genossenschaftslehre und politische Neutralität*, in « *Schmollers Jahrbuch* » 66 (1942) 726-728, anche se con un orientamento del giudizio parzialmente legato al suo tempo.

39. A tutt'ora sono nel vero le affermazioni di R. HÖHN *Gierkes Staatslehre* cit., 108-109.

40. Su ciò anche ‹infra› Capitolo 4 I 1, per il liberalismo organico in generale. Inoltre T. SCHIEDER *Staat und Gesellschaft* cit., 152-153.

41. La conseguenza pluralistico-democratica fu tratta espressamente da Hugo Preuss, che si considerò allievo di Gierke; cfr. anche C. SCHMITT *Hugo Preuss, sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre* (Tübingen 1930); inoltre si vedano anche di K. WOLZENDORFF *Der Gedanke des Volksheeres im deutschen Staatsrecht* (Tübingen 1914) e *Der reine Staat. Skizze zum Problem einer neuen Staatsepoche* (Tübingen 1920). La conseguenza pseudo-conservatrice è riscontrabile in E. KAUFMANN *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung* (Berlin 1917), nel quale la prima Guerra mondiale appare come guerra costituzionale fra la costituzione nazional-autoritaria di

differenza fra la concezione teorica e la posizione spirituale di una teoria dello Stato e le conseguenze che da quella discendono, in una realtà che ad essa non corrisponde più. Ciò è di grande importanza proprio per la conoscenza storica.[42]

3. Sarebbe stato superfluo avere esposto per esteso la dottrina dello Stato organico-comunitaria di Gierke e la sua teoria generale dell'associazione ed avere cercato di individuare la sua collocazione storico-politica, se essa non fosse il perno del quadro della storia costituzionale che ci si presenta nella sua opera. Infatti il pensiero dello Stato comunitario e della personalità organica dello Stato, che trova la sua realizzazione nello Stato liberal-costituzionale, è per Gierke non solo una peculiarità della natura germanica e tedesca, ma nello stesso tempo il risultato di uno sviluppo storico universale.[43] L'unione del pensiero nazional-politico-costituzionalistico con quello evolutivo-storico-socialteoretico mantiene ancora una legittimazione storico-filosofica, nella quale è presente senz'ombra di dubbio l'eredità di Hegel.[44] Gierke costruisce la storia costituzionale tedesca come un processo dialettico che conduce, in base alla sua logica immanente, allo Stato costituzionale liberal-monarchico come al suo compimento. Unità e libertà, signoria e comunità, gli elementi costitutivi dello Stato nazionale costituzionale, sono i «grandi principî» della storia (costituzionale) umana; dalla loro lotta, dalla loro contrapposizione dialettica e dalla loro trasformazione in forme più elevate si viene costruendo la storia.[45] Grazie poi allo spirito comunitario proprio della natura germanica e tedesca, essa non rimane qui in contrapposizione dialettica ma giunge ad una sintesi organica;[46] la dialettica di Hegel viene infine condotta, attraverso il pensiero organico dell'immanenza di Schelling, ad una stabile situazione di riposo. Il contenuto della

Bismarck e la democrazia anglosassone (pagine 1-9) ed in cui la democratizzazione ed il parlamentarismo sono visti come un male ed una falsificazione dell'essenza nazionale (pagine 100-106).

42. La rappresentazione e la classificazione qui compiuta della dottrina dello Stato di Gierke può forse fare apparire oziosa qualche discussione sorta a proposito del liberalismo di Gierke, del carattere associativo oppure organico, individualistico oppure comunitario del suo pensiero statale, e può così aprire la strada ad una nuova comprensione.

43. Cfr. O. von Gierke *Der germanische Staatsgedanke* cit., 22, dove egli tributa un'alta lode alla dottrina del diritto statale del XIX secolo, cioè al punto di partenza del suo stesso pensiero: «essa intende lo Stato come prodotto dinamico del divenire della storia del mondo...».

44. L'eredità di Hegel nel pensiero di Gierke non è stata ancora sottolineata. Nel necrologio di Stutz si trova solo un breve accenno, senza dimostrazione di un rapporto più intenso: cfr. U. Stutz *Zur Erinnerung an Otto von Gierke* cit., x; Erik Wolf non considera assolutamente Hegel come suggeritore di Gierke, molto più invece Schelling, il quale d'altro canto è pure di particolare importanza: cfr. E. Wolf *Grosse Rechtsdenker* cit., 684, 689. Documenti specifici sull'influsso di Hegel non è possibile portarne, tuttavia da quanto verrà detto in seguito apparirà chiaramente, in modo diretto, il legame di fatto esistente fra i due autori.

45. Gierke: I 1-2.

46. Gierke: I 2-4.

storia costituzionale tedesca è così il progresso in accordo perfetto di unità e libertà, signoria e comunità, comunione reale e personale. Essa conduce direttamente allo Stato costituzionale, alla teoria della personalità organica dello Stato, nel quale questi contrasti trovano il loro punto di riposo in un insieme più elevato e in un'armonia organica.[47] Nella comunità (molteplicità) era presente un movimento verso la signoria (unità), nella struttura signorile un movimento verso la comunità: così Gierke descrive il processo; « la comunità produsse da sè un vertice signorile, la struttura signorile recava in sè una comunità ». E « poichè la struttura signorile non può assolutamente sussistere in posizione autonoma, essa comincia per parte sua a riprodurre in sè la comunità sotto nuove forme e a preparare il germe del suo proprio superamento ».[48]

Come per i processi storico-reali dello sviluppo costituzionale, lo stesso accade secondo Gierke anche riguardo alla formazione della coscienza giuridica tedesca, poichè entrambi hanno origine in ultima analisi dallo stesso spirito popolare e dallo stesso carattere nazionale. Mentre l'astrazione romana manteneva stabili i concetti, una volta elaborati, la coscienza giuridica tedesca rimase sempre concreta, trovando nell'uguaglianza la diversità e nelle contrapposizioni l'elemento comune.[49] In tal modo il diritto tedesco doveva, alla fine, « raggiungere un livello più elevato del diritto romano, poichè esso porta alla luce l'unità interna al di sopra e all'interno dei contrasti e la vivente molteplicità nell'unità ».[50]

Così lo Stato liberal-costituzionale, culminante nel pensiero della personalità dello Stato, acquista una legittimazione di principio non solo dal punto di vista giuridico-dogmatico ma anche da quello storico. Un progresso al di là di esso non è più possibile, al più si può verificare un declino negli elementi antitetici che in esso sono stati ricomposti in unità organica.[51]

II.

Dal momento che Gierke vede l'intera storia costituzionale come sviluppo verso lo Stato liberal-costituzionale, corrispondente ai presupposti del pensiero

47. Gierke: I 10; il quinto periodo, che inizia nel 1806, viene descritto come quello « dal quale noi attendiamo, attraverso le idee della cittadinanza generale e dello Stato rappresentativo, la conciliazione di antichissime contraddizioni ».

48. Gierke: I 135-136, la citazione si trova a pagina 136.

49. Gierke: I 135.

50. Gierke: I 135.

51. Così si spiegano anche le formulazioni, in parte devianti, contenute nello scritto sul pensiero statale germanico, che riprende una prolusione tenuta nel 1919, in occasione dell'avvento della Repubblica. È inoltre tipico quanto è affermato in O. von Gierke *Recht und Sittlichkeit* cit., 262: « ... noi non assumeremo il concetto democratico della sovranità popolare come

organico-liberale, è inevitabile che egli comprenda ed interpreti quella storia completamente sulla base di esso. Ogni avvenimento storico-costituzionale si deve costruire sulla base degli elementi di unità e di libertà, di signoria e di comunità, di comunione personale e reale e infine della personalità corporativa superiore. Questo contesto non è presupposto solo per le singole interpretazioni, ma condiziona e determina la posizione stessa del problema e di conseguenza anche l'intera costruzione costituzionale ed il suo svolgimento storico: struttura, svolgimento e problematica del primo libro del *Deutschen Genossenschaftsrecht* di Gierke, cioè della sua opera propriamente storico-costituzionale, prestano di ciò una eloquente testimonianza. È necessario osservare più da vicino la sua concezione generale, poichè da essa soltanto discendono e si lasciano comprendere le singole interpretazioni e i singoli giudizi.

1. Gierke suddivide quest'opera in cinque periodi. Il punto di vista che costituisce il criterio per tale distinzione è il « principio costituzionale » dominante e la « forma di associazione caratteristica » del tempo che procede da quello.[52] Così, per il primo periodo (fino all'800), sussiste il predominio del principio dell'originaria libertà popolare, nei confronti del quale gradualmente si fanno avanti i legami signorili; per il secondo periodo (800-1200) il « principio costituzionale patrimoniale e feudale », in forza del quale la signoria ha il sopravvento sulla comunità e la ‹realità› sulla ‹personalità›; per il terzo periodo (1200-1525) il principio della « libera unione », che nel completo crollo dello Stato feudale fonda, sul piano federativo, una quantità di ordinamenti comunitario-associativi; per il quarto periodo (1525-1806) la costruzione dello Stato autoritario e il regresso di tutti gli elementi comunitari; e per il quinto periodo (dal 1806) la fusione finale di signoria e comunità nello Stato costituzionale-liberale.[53] In questa periodizzazione è già reso manifesto lo svolgimento dialettico della storia costituzionale: esso riceve la sua dinamica, che si rigenera da sè e che condurrà allo Stato costituzionale-liberale, dalla mutevole combinazione ed intensità degli elementi che costituiscono la realtà storico-costituzionale. Questi elementi sono per Gierke da una parte signoria e comunità, dall'altra il carattere personale e reale della struttura politica nella quale quelle trovano forma concreta.[54] Essi non hanno per Gierke il carattere di schemi formali di ordinamento, che vengono sovraimposti dal di fuori alla realtà storica in sè senza forma, ma sono presenti, come forze formali interne dialettico-

principio generalmente valido, bensì rimarremo fedeli al concetto di ‹sovranità statale› elaborato dalla scienza del diritto statale tedesco, per il quale il vero soggetto del potere più alto è la stessa immortale [sic!] personalità dello Stato ».

52. GIERKE: I 8.

53. GIERKE: I 8-10.

54. GIERKE: I 12-14.

popolari, nella realtà stessa.[55] Il punto d'avvio è segnato dalla casa (signorile) e dalla stirpe (comunitaria) che appaiono come « prototipi di tutte le successive realizzazioni costituzionali ».[56]

Nel primo periodo domina all'inizio « la libera comunità del diritto antico »:[57] tutte le associazioni personali, anche le suddivisioni interne delle ‹centene› e dei distretti hanno all'inizio carattere comunitario e personale.[58] Proprio le associazioni economiche, le ‹comunità di marca› e contadine, che d'altra parte, in seguito all'insediamento definitivo, assumono un carattere sempre più reale, collegano il diritto dei membri delle comunità al possesso terriero e riducono quest'ultimo a vero e proprio sustrato dell'associazione;[59] ciò retroagisce di nuovo sulle comunità politiche, che ora collegano in ogni caso diritti e doveri al possesso della terra.[60]

In contrasto con questo ordinamento comunitario si leva già nel periodo tacitiano e dei diritti nazionali il principio signorile.[61] Dalla casa prende origine il seguito, e al di là di esso si compie nel periodo franco-merovingio la « vittoria » sulla comunità:[62] la monarchia nazionale diventa monarchia signorile, l'ufficio pubblico (comunitario) e i doveri pubblici diventano servizio regio, il patrimonio nazionale diventa beni del Re, i ceti si costituiscono dal nuovo sulla base di signoria e servizio. Come le associazioni comunitarie, anche quelle signorili si collegano con il fondo e la terra; da ciò sorge la signoria terriera (patrimoniale), la reificazione di libertà e rapporti di servizio (benefici) e la « concezione di diritto patrimoniale del potere pubblico » che riduce Corona, Ducati e Contee a « diritti immobiliari » e a « signorie territoriali ».[63] L'Impero di Carlo Magno riconduce di nuovo tutto ad unità, ma la sua unità è fondata solo sulla persona del sovrano, non in quanto Stato.[64,65] Signoria e comunità

55. In ciò appare di nuovo la combinazione fra la dialettica hegeliana e il pensiero sulla polarità di Schelling. Mentre il movimento dialettico fin dall'inizio viene calato nell'ambito di una solida polarità, questa si dimostra facilmente come la forza maggiore che conduce alla fine la dialettica fuori del processo storico; cfr. l'ulteriore descrizione nel testo.

56. GIERKE: I 15.

57. Cfr. GIERKE: I Sommario XI-XII.

58. GIERKE: I § 3, pagine 39-44; la rubrica « Die Teilgenossenschaften der Volksgemeinde ».

59. Su ciò GIERKE: I §§ 7-9, specialmente alle pagine 53 ss, 70 ss, 81 ss, dimostrando una notevole dipendenza da G. L. von Maurer.

60. GIERKE: I 85-88. Come documenti servono le prescrizioni di servizio militare dei Capitolari.

61. Dal punto di vista costruttivo come: I periodo, Parte B: « Der herrschaftliche Verband »; in particolare i §§ 11-12, pagine 89-121.

62. GIERKE: I 101-121; il molto diffuso Indice sommario a pagina XIII permette già di riconoscere tutte le singole tesi.

63. GIERKE: I 121-130, sopra tutto 124-125, 126 ss.

64, 65. GIERKE: I 149 ss. Questa tesi è già presente in G. BESELER *Volksrecht und Juristenrecht* cit., 10-11.

non sono «intimamente fuse, ma solo mescolate esteriormente»: la comunità ormai atrofizzata, la signoria in pieno sviluppo. La coscienza giuridica germanica non aveva ancora assimilato l'idea dello Stato; in tal modo è inevitabile la battaglia successiva.[66]

Questa lotta termina nell'alto Medioevo con la vittoria della signoria e della ‹realità› nello Stato feudale: «nella fusione di signoria e ‹realità› consistette il suo tratto caratteristico».[67] Ogni signoria ed ogni servizio divengono «pertinenza» di un pezzo di terreno o di un territorio, ogni ufficio e diritto autoritario divengono trasmissibili per eredità, alienabili e divisibili: «... rapporti giuridici sussistevano ancora soltanto fra individui e individui». Il feudo era il vertice: la signoria terriera, la ‹corte› e l'immunità erano la base del sistema.[68] La teoria patrimoniale di Haller della negazione dello Stato viene trasportata in un sistema giuridico.

Ma poichè il movimento dialettico non conosce alcuna pausa e alcuna vittoria definitiva, ora l'idea comunitaria si realizza all'interno delle strutture signorili evolvendo queste ultime in senso comunitario.[69] Risultato ne sono i numerosi elementi comunitari all'interno dei concreti ordinamenti signorili, le così dette comunità signorili che compaiono nella forma delle comunità di ‹corte›, di servizio (‹ministeriali›) e di diritto feudale (vassalli e cavalieri).[70] L'idea di comunità porta avanti, nel tentativo di «rinnovarsi», il pensiero della «libera associazione», cioè della comunità non fondata su dati naturali, ma sulla libera volontà degli associati. In ciò essa raggiunge — portata ad una fase dialettica più elevata — una nuova fioritura: dapprima nelle ghilde e nelle società giurate, poi nelle città, infine nella superiore unione sociale e politica dal tardo Medioevo.[71]

Da questa unione prende poi origine il processo della «autoliberazione» del popolo tedesco.[72] Le città pervenute a «libertà» si costituiscono come comunità corporative e realizzano per la prima volta attraverso la loro costitu-

66. Complessivamente GIERKE: I 15-52.

67. GIERKE: I 153.

68. GIERKE: I 154.

69. In particolare i §§ 20-23, alle pagine 155-199; anche già alle pagine 135 ss sulle tasse delle comunità signorili all'interno degli ordinamenti signorili.

70. Cfr. GIERKE: I 220 ss.

71. Per lo sviluppo del pensiero cfr. l'ampio Indice sommario dei §§ 26, 27 e 29, 30, alle pagine XV-XVIII.

72. GIERKE: I 296-297: «Dal complesso sistema unitario scaturiscono una quantità di comunità, che non trovano riscontro nella storia, dalla cui struttura riccamente articolata si costituì dal nuovo la nazione, in corrispondenza alla paralisi delle forze superiori dell'ordinamento». Nell'ambito della concezione complessiva si presenta qui ancora un elemento della teoria dello sviluppo dello spirito nazionale: «Accanto alla unione già compiuta, la prima unione realizzata ha, nella vita del popolo, significato non minore della prima azione cosciente nella vita dell'individuo» (GIERKE: I 222).

zione, fondata su eguale diritto di cittadinanza ed organizzazione, il pensiero statale tedesco comunitario.[73] A questo processo contribuiscono le comunità famigliari nobili, le comunità di dotti e numerose comunità di mestiere,[74] ma sopra tutto le « unioni politiche »: alleanze di città, di nobili e di cavalieri, associazioni di pace territoriale e corporazioni dei ceti territoriali.[75] Il federalismo è qui efficace come principio politico-universale formale: determinati edifici sociali o individui si riuniscono, si rafforzano in unità di potere attraverso la loro capacità associativa, diventano ‹ceti› nel senso politico e fondano così, partendo dal basso, sulla base della Società silenziosamente presupposta, un nuovo ordinamento, organizzato in termini di comunità e di alleanza.[76] Questo movimento raggiunge infine il suo culmine nella nuova costituzione federativa dell'Impero come « un'associazione di pace in perpetuo » nell'eterna pace territoriale. « L'Imperatore venne riconosciuto come capo, i singoli ceti dell'Impero come membri della comunità ».[77]

Nello stesso tempo l'idea di signoria deriva nuova forza e insieme rinnovamento dal pensiero dell'autorità.[78] I signori territoriali divenuti potenti cercano di riunire i differenti diritti signorili in un potere autoritario unitario, di chiudere conseguentemente verso l'esterno il loro ambito di signoria e infine di concentrare la « somma di tutto il potere pubblico » nello Stato astratto, strutturato in modo del tutto svincolato dal popolo, Stato di cui essi sono i titolari.[79] Questo movimento finisce per conseguire vittoria completa nei confronti delle unioni federative, poichè queste ultime poterono comprendere solo i ceti elevati, ma non il ceto dei contadini, che rimase escluso dalla partecipazione al diritto politico.[80] Con la sconfitta dei contadini in occasione del tentativo « di entrare a far parte dei ceti riconosciuti » era stabilito che in Germania « la libertà fosse possibile solo attraverso la mediazione dell'assolutismo ».[81]

73. In particolare GIERKE: I § 34, pagine 310-337.
74. Cfr. GIERKE: I §§ 44-51; per lo sviluppo del pensiero cfr. l'Indice sommario alle pagine XXI-XXIII.
75. Cfr. GIERKE: I §§ 39-43, Indice sommario alle pagine XIX-XX.
76. In alcuni luoghi questa concezione viene chiaramente espressa: ad esempio GIERKE: I 581-582: ghilde, fratellanze, comunità, partendo da « inizi poco appariscenti, hanno mutato dalle fondamenta ed hanno strutturato di nuovo l'intera vita privata e pubblica del popolo tedesco » e « hanno fondato una straordinaria serie di nuove costruzioni, nelle quali la nazione si è ricostituita dal nuovo, dal basso e dal suo interno, attraverso la più libera autonomia di movimento ». GIERKE: I 460: « Furono dunque i ceti, in quanto unità di potere fra loro uguali, gli elementi dai quali si costruì la comunità dell'Impero o del Territorio ».
77. GIERKE: I 511.
78. Cfr. GIERKE: I 638 ss, anche 582-583.
79. GIERKE: I 536-537, 642-643. Questa è per Gierke la fase precedente al « potenziamento dell'antica idea di signoria », analogo al potenziamento dell'idea di comunità nel sistema generale cittadino (GIERKE: I 642).
80. Cfr. GIERKE: I 299-300, 414-415, 637 ss.
81. La citazione si trova in GIERKE: I 636-637.

La funzione di quest'ultimo nel processo dialettico è che esso riduce tutte le corporazioni e le comunità ad una situazione di privilegio, valido nell'ambito patrimoniale privato, e assorbe nel concetto di Stato tutte le prerogative pubbliche: in tal modo esso da una parte fonda una potente unità statale e dall'altra persegue l'emancipazione dell'individuo dai suoi vincoli signorili. Lo Stato autoritario è così strumento e passaggio verso la libertà individuale e la uguaglianza di diritto, che gli ordinamenti comunitario-corporativi non potevano perseguire da sè. In ciò risiede la « grande e benefica » conseguenza del suo principio fondamentale: esso fonda per la prima volta un ordinamento nel quale vi sono soltanto ‹liberi›.[82] Giunto a questo punto, il movimento dialettico non procede più oltre, in particolare non porta alla contrapposizione degli individui emancipati nei confronti dello Stato, ma realizza l'accordo e l'immanente conciliazione dei due termini. Gierke sente solo il bisogno del ritrasferimento di tale Stato nel popolo, della sua ‹comunitarizzazione›, della conversione positiva nella libertà civile e nell'uguaglianza politica di diritto.[83] Il pericolo dell'atomizzazione e della lacerazione è bandito, dal momento che lo spirito comunitario risvegliato ed ora organico « tende a diffondere, da sotto in su, in tutte le associazioni pubbliche una nuova vita comune ».[84] L'emancipazione appare in tal modo come un passaggio necessario sul cammino verso una libertà più alta, generale, senza però che essa diventi come tale una forza storica portante nel dualismo di Stato e Società. Lo schema del pensiero associativo, orientato verso il sistema comunitario tardo-medievale, non viene abbandonato da Gierke.

2. Questo quadro dello sviluppo storico-costituzionale che è di una compattezza imponente e di una immanente conseguenza, rende ancora una volta pienamente manifesti due fatti: lo sviluppo storico viene visto ed interpretato completamente sulla base di una precisa concezione social-teoretica ed insieme storico-teoretica, e gli elementi istituzionali e concettuali sui quali si costruisce in seguito la realtà storico-costituzionale sono stabiliti del tutto dal punto di vista dell'ideale costituzionale organico-liberale, che venne a realizzazione nello Stato costituzionale nazionale. Riguardo alla questione degli elementi legati al suo tempo presenti nella ricerca storico-costituzionale di Gierke, si tratta in primo luogo dell'adeguatezza di questa concezione complessiva e dei concetti da essa derivanti ai fini della rappresentazione della realtà storico-costituzionale.

Dal momento che Gierke da una parte pensa in termini storico-evolutivi e dall'altra intende il concetto di Stato completamente nel senso di Stato co-

82. In modo programmatico alle pagine 643-645, per le singole affermazioni ai §§ 54, 60-61; nell'Indice sommario alle pagine XXIV e XXVIII-XXIX.

83. GIERKE: I 645-646, 650-652.

84. GIERKE: I 652.

stituzionale, legandolo cioè alla personalità dello Stato, per modo che esso sorge per la prima volta nella città medievale intesa in senso corporativo, la strada verso la vera e propria realtà storica gli si apre in modo ben più ampio di quanto non fosse possibile in base alla problematica nazionalpolitico-costituzionalistica, rappresentata da Waitz.[85] Quest'ultima muoveva dalla pretesa di provare l'esistenza dello Stato liberal-costituzionale già e particolarmente per il periodo germanico. Al contrario Gierke non è costretto ad inquadrare le forme di realizzazione dell'antica vita costituzionale germanica e merovingio-franca — e in particolare il processo storico-costituzionale —, nello schema: ascesa e declino dello Stato; e poichè egli scorge il punto di partenza nella signoria e nella comunità e intende la loro reciproca relazione in senso dialettico, egli ha lo spazio per descrivere in termini strutturali le condizioni costituzionali proprie del tempo più antico. Il potere signorile (nobiliare) di diritto proprio o basato sulla terra può trovare collocazione sotto la ‹signoria›, in quanto signoria terriera e immunità;[86] i tentativi della monarchia merovingio-franca di stabilire un ordinamento superiore nei confronti degli autonomi poteri signorili possono venire compresi nell'ambito dello sviluppo e della concentrazione della signoria, e lo stesso vale per la ‹unità› non-statale, necessariamente transitoria, in base alle forze storiche del tempo, realizzatasi nell'Impero di Carlo Magno. In ogni caso è possibile riconoscere e comprendere le numerose costruzioni signorili concrete del mondo medievale ed i contrasti in esse esistenti nell'ambito della libertà comunitaria come tale.[87]

Fino a questo punto, nella teoria sistematico-dialettica dello sviluppo storico-costituzionale di Gierke, viene portata a testimonianza la realtà storica, viene descritto in pensieri il tempo, per usare un'espressione di Hegel. La stessa cosa si era verificata con Maurer.[88] Per Gierke ciò si spiega in base al fatto che la sua concezione storico-evolutiva-dialettica della storia costituzionale ha il punto centrale in una teoria costituzionale sistematica, quella liberale-costituzionalistica, la quale a sua volta però è derivata in parte dall'osservazione storica.

Ma questa concezione reca in sè d'altra parte in modo palese e in maniera specifica anche i tratti caratteristici del suo proprio tempo, e precisamente quelli che presuppongono la realtà dello Stato moderno e della Società civile ad esso relativa, realtà che nella stessa teoria di Gierke non è per niente manifesta. La contrapposizione di vincolo personale e reale, come Gierke la intende, procede da un concetto ‹privato›, non politico, di proprietà, che come tale è indipen-

85. Cfr. ‹retro› Sezione 4 II; anche Sezione 1 II per F. C. Dahlmann.

86. Cfr. GIERKE: I 121-135.

87. La descrizione ad ampio respiro che Gierke dà di ciò (ai §§ 21-23, pagine 162-199) è tra le parti migliori dell'opera, dotata di incomparabile forza sistematica.

88. Cfr. ‹retro› Sezione 3 III, pagine 180 ss.

dente da qualsiasi relazione signorile, ma esattamente perciò presuppone il monopolio di ogni potere autoritario nello Stato e il correlato della sua autorità territoriale.[89] Per questo concetto di proprietà, una radice territoriale dei diritti di signoria e di difesa — come in primo luogo l'antico ordinamento istituzionale della proprietà, ancora presente in Möser [90] — deve apparire come « collegamento reale » di diritti personali, politici ed anche autoritari, i quali, in quanto tali, prescindono completamente da ciò. L'associazione ‹personale› dei cittadini o dei sudditi e la proprietà privata, che indica possesso individuale o comunitario nel senso di patrimonio, sussistono ‹in sè›. Il carattere ‹patrimoniale› di signoria terriera e di immunità, sopra tutto dello ‹Stato feudale› è già necessariamente implicito in questi concetti.

Anche nella contrapposizione di signoria e di comunità prende corpo in grande misura, nonostante la relativa vicinanza alla realtà storica, il pensiero ‹statale›: entrambe infatti vengono in conclusione poste come principî generali, relativi ad un ordinamento di tipo statale, nel quale alla fine esse pure sboccano. La libertà comunitaria è già fin dall'inizio una forma primitiva della libertà civile, generale ed egualitaria del 1789. I principî della « unità tratta dalla totalità, del diritto innato del giudice e del capo, dell'uguaglianza di tutti i membri di pieno diritto accanto ad un gruppo di clienti » costituiscono fin dall'inizio l'armatura costituzionale della comunità.[91] L'andamento della storia costituzionale si svolge così sempre in senso strutturale sul terreno di una Società civile, la quale all'inizio — in corrispondenza al modello sociale organico — è organizzata comunitariamente in tutte le associazioni politiche (la ‹casa› è fin dall'inizio ridotta alla famiglia [92]), in seguito viene conformata e smembrata in senso signorile-patrimoniale, infine viene di nuovo intesa in senso comunitario e così via. Ciò diventa chiarissimo in occasione della descrizione dello sviluppo del movimento unitario.[93] In tal modo resta precluso a Gierke, benchè egli riconosca l'intima connessione di signoria e comunità nelle

89. Su ciò già ‹retro› Sezione 2 IV 1 e 2. È tipica l'affermazione contenuta in GIERKE: I 54: « L'idea della proprietà terriera sorge nel suo duplice ed inizialmente indiviso significato di signoria terriera e di patrimonio terriero, del diritto politico (relativo al potere) e privato (solo rivolto all'utilità individuale) ». L'unità istituzionale viene distrutta, ma essa poi non può essere pensata diversamente che come congiunzione dei due concetti, i quali entrambi si basano sulla separazione di Stato e Società, di pubblico e privato e così via. La signoria terriera sorge sulla proprietà terriera (intesa in senso privatistico).

90. Cfr. ‹retro› Capitolo 1 III 2, pagina 73.

91. GIERKE: I 25. Questi principî vengono congetturati già per l'organizzazione interna della stirpe, in quanto comunità originaria, essi sussistono sicuramente per la comunità di popolo e per le « comunità parziali » di quest'ultima, come le ‹Gaue› e le ‹centene›.

92. GIERKE: I 14-16, 90.

93. Su ciò si veda ‹retro› 1, pagine 194 ss; in questo senso è sintomatica la valutazione complessiva del fenomeno dell'associazione in Gierke. In generale GIERKE: I 296-298; con sguardo retrospettivo GIERKE: I 581-582.

così dette comunità signorili, di vedere che l'intero ordinamento ‹prestatale›, almeno in via di principio, era costruito concretamente, che si trattava sempre di concrete libertà o di concreti diritti di signoria, di uno ‹status› giuridico concreto, che caratterizzavano una misura precisa di libertà o di dipendenza, e che tutti i concetti derivati dalle fonti portano in sè questa relazione concreta.[94] Laddove dalle fonti risulta innegabilmente una struttura concreta di ordinamento, come per esempio per l'« ordinamento feudale », Gierke può caratterizzare quest'ultima solo come una costituzione nella quale tutto il diritto sia « diritto privato » e dove esistano solo rapporti giuridici fra individui:[95] un'interpretazione in cui ancora una volta è presupposta come base la Società dei cittadini. ‹Libertà› è per Gierke un concetto generale, orientato in senso civile-statuale[96] e corrispondentemente i ceti sono ceti sociali o di nascita, aventi carattere ‹societario›: strati di ‹cittadini› distinti secondo il minore o maggiore grado di libertà di cui godono.[97]

In conclusione, alla base dell'intera evoluzione della storia costituzionale sta un concetto della comunità sociale, in base al quale quest'ultima, per la sua essenza e la sua forma, è un'associazione di pace.[98] Sono dunque contrasti e movimenti « di ordine costituzionale », « giuridico » che causano il progresso e i mutamenti delle condizioni costituzionali. Il diritto e l'ordinamento politico vengono collocati in « un ordinamento storico di pace », l'esercito è esercito di pace e la guerra sta sempre solo al margine della costituzione.[99] Il modello sociale organico-liberale che ha il suo (inconsapevole) punto di orientamento nella Società statale resa libera e che, partendo da esso, pone in que-

94. Solo in tal modo si riesce a spiegare che determinate forme di « Eigensein » contemporaneamente comportino speciali libertà, per esempio le città regie e la gente di servizio regia o ducale, e d'altra parte che la « libertà » non escluda la signoria o determinate forme di dipendenza, per esempio i « liberi contadini » del Medioevo (su ciò T. MAYER *Bemerkungen und Nachträge zum Problem der freien Bauern*, in « *Zeitschrift für württembergische Landesgeschichte* » 13, 1954, 46 ss) e le spesso richiamate « libere marche » per le quali Alfons Dopsch, proprio grazie ai documenti portati da Gierke e da altri, ha provato che si tratta di marche originariamente signorili, fondate sulla signoria terriera, che crescendo acquistarono concrete libertà: cfr. A. DOPSCH *Die freien Marken in Deutschland* (Baden bei Wien-Leipzig-Brünn 1933) 24-25, 27, 30-34, 79 ss, 84-88, 95-96.

95. Vedi ‹retro› II 1 e GIERKE: I 151-152.

96. Cfr. GIERKE: I 35 ss, 117 ss: ‹liberi› esistono in gran quantità in condizioni di dipendenza; 151-152: i ‹ministeriali› costituiscono il « confine superiore » della non-libertà; 204-205 sui « liberi comuni » dell'epoca franca. Indicativo è inoltre GIERKE: I 645-646, dove si afferma che l'assolutismo illuminato fondò per la prima volta un ordinamento in cui vi erano « solo liberi ».

97. Cfr. ad esempio GIERKE: I 117-121; per la costruzione del ceto dei cavalieri GIERKE: I 198; per il ceto contadino come ceto sociale, che non pervenne ad unità e perciò neppure ad avere efficacia politica, GIERKE: I 489 ss, 499 ss.

98. Su ciò ha richiamato l'attenzione E. ROSENSTOCK *Kriegsheer und Rechtsgemeinschaft* (Breslau 1932) 3-4 e nota 1.

99. ROSENSTOCK *Ibid.*

stione l'elemento politico, si manifesta chiaramente in ciò.[100] I movimenti dell'alto e tardo Medioevo, in primo luogo la lotta e la vittoria delle associazioni e delle società giurate contro l'ordinamento signorile-feudale, vengono privati della loro forza esplosiva, che appare dai documenti; rimangono lotte costituzionali del genere del XIX secolo, che non pongono in questione l'ordinamento giuridico di pace in quanto tale.

III.

Questa concezione di fondo, da una parte aderente alla storia, dall'altra influenzata dal pensiero costituzionale organico-liberale, comporta numerose singole tesi ed interpretazioni caratteristiche, delle quali le più importanti devono ancora qui essere trattate.

1. Le più antiche associazioni politiche dei Germani sono per Gierke, come già per Möser, G. L. von Maurer e Waitz, al quale egli spesso fa riferimento,[101] comunità di carattere democratico-comunitario. Popolo ed esercito sono concetti identici; comando dell'esercito ed ufficio di giudice vengono attribuiti elettivamente ai « più nobili membri della comunità »,[102] i ‹principes› di Tacito sono ‹capi› eletti e ‹principi comunitari›, la cui posizione di eccellenza secondo il Capitolo XI della *Germania* significa solo che « la totalità dei principi delle centene », ai quali tocca anche la rappresentanza verso l'esterno, « in adunanza comune come collegio repubblicano » sbrigano gli affari meno importanti.[103] Ma mentre Waitz per lo stesso caso considera esistente una struttura statale compiuta, per Gierke tutto resta all'interno della comunità che — ancora incompiuta — non ha raggiunto « autonoma personalità ».[104] ‹Principes› e giudici non erano organi ma singoli individui dotati di potere individualmente trasferito; « non è un ufficio di diritto pubblico...; ma un mandato di diritto privato ».[105] Ancora una volta si procede completamente sulla base di presupposti e di concetti tratti dalla realtà del XVIII e XIX secolo.

Lo stesso accade per la derivazione dei ceti. Originariamente libertà e comunità nazionale sono concetti identici. Attraverso la costituzione dei ceti,

100. Cfr. anche ‹retro› Capitolo I III 2, pagina 72 e R. Koselleck *Kritik und Krise* cit.
101. Cfr. Gierke: I 38-48 e le note relative. A ciò vengono spesso avvicinati i lavori di W. E. Wilda *Geschichte des Gildewesens* e *Germanisches Strafrecht*.
102. Cfr. Gierke: I 30-31.
103. Gierke: I 43.
104. Gierke: I 45: « l'astrazione di uno Stato o di un sistema comunitario era un procedimento sconosciuto »; cfr. anche O. von Gierke *Der germanische Staatsgedanke* cit., 9: lo Stato del primo periodo continuò « a mantenersi nell'ambito dei rapporti di diritto » e nonostante qualche tentativo non potè giungere alla « personalità ».
105. Gierke: I 34.

che sorgono sopra e fra i ‹liberi›, la stessa comunità nazionale diviene ceto, riducendosi ormai a parte separata del popolo.[106] La Nobiltà acquista gradualmente — non ancora nel periodo tacitiano — un ‹privilegio› ed un diritto proprio di ceto, attraverso il quale l'unitaria comunità nazionale si spacca in due. I ‹meno liberi›, provenienti da uno stato di non-libertà, acquistano la loro qualità di ceto divenendo membri di una consociazione di difesa <Schutzgenossen> parzialmente dotati di diritto, ma comunque con « diritti di consoci » anche se non certamente pieni.[107] Come si vede, è sempre presupposto il concetto di ceto, dominante nel XVIII secolo, secondo il quale ceto significa un settore della società unitaria giuridicamente chiuso, stabilito per nascita, caratterizzato da speciali diritti pubblici e privati.[108]

2. Nell'ambito del modello presupposto si svolge anche il processo di ‹reificazione› delle comunità di diritto nazionale. Gierke si avvicina sempre più a Maurer e porta avanti dal punto di vista giuridico la tesi di quest'ultimo.[109]

La reificazione è una fase del processo organico di sviluppo, espressione della conquista territoriale, dell'insediamento stabile e della coltivazione continuata dei campi.[110] La posizione attiva dei ‹consorti› viene a dipendere dal fatto che ognuno di essi rappresenta uno degli « appezzamenti di terreno » che costituiscono il distretto; con la divisibilità dei poderi si forma anche la divisibilità dei diritti. I diritti politici appaiono in conclusione come « manifestazione della proprietà terriera » e vengono strutturati secondo il genere e l'entità di questa.[111] Ciò concorda pienamente con la struttura delle comunità di proprietari terrieri del XIX secolo, come si realizzò in molte parti della Prussia, dopo che furono eliminati i legami feudali e dopo che il diritto alla terra fu trasformato in proprietà privata e i proprietari in proprietari terrieri.[112] Le fonti dalle quali viene dedotto questo quadro, sono Capitolari carolingi e documenti regi del IX e X secolo.[113]

106. Gierke: I 35 ss.
107. Sulla nobiltà Gierke: I 36; sui ‹meno-liberi›: I 38-39.
108. Cfr. Gierke: I 36 e 37, sopra tutto pagina 37, nota 38.
109. Cfr. le note in Gierke: I 60-76, dove ad ogni pagina in più occasioni vengono portate come prove le opere di Maurer.
110. Cfr. Gierke: I 53-54.
111. Gierke: I 86-87.
112. Cfr. ad esempio ‹*ALR*› 18 II 7: « I possessori di appezzamenti di terreno situati in un villaggio, o nel territorio ad esso circostante, costituiscono nel loro insieme una comunità di villaggio ». Inoltre ‹*Westfalische Landgemeinde-Ordnung von 1841*› §§ 17, 21, 40-48; ‹*Landgemeinde-Ordnung für die östlichen Provinzen von 1856*› §§ 3-7; ‹*Landgemeinde-Ordnung für Schleswig-Holstein von 1867*› §§ 8-11. Tutte queste fonti sono rintracciabili nelle corrispondenti annate della *Preussische Gesetz-Sammlung*.
113. Cfr. le note in Gierke: I 87 e 88.

Questo concetto della reificazione è in ogni caso decisivo per la diffusione dei vincoli di signoria. Con l'insediamento si compie, anche per la ‹casa›, una reificazione.[114] La proprietà germanica, strutturalmente pensata come proprietà privata, comprendeva anche prerogative di signoria terriera ed autoritaria[115] ed il processo di espansione della signoria procede così di pari passo con il graduale superamento del comunismo agrario iniziale che Gierke, come Maurer, pone a fondamento della sua indagine.[116] Da ciò deriva che in certa misura i legami signorili subentrano agli ordinamenti politici comunitari esistenti dissolvendoli dall'interno. Infatti comunità e signoria non sono inizialmente legate l'una all'altra, ma sussistono isolate l'una accanto all'altra, e in tutte le associazioni p o l i t i c h e domina all'inizio solo il principio comunitario. Pertanto il seguito personale, essendo la prima associazione signorile superiore alla casa, non è una istituzione pubblica, relativa ad un ufficio, come per Waitz, ma un « istituto privato », un « allargamento liberamente sopravvenuto della comunità di casa ».[117]

In tal modo Gierke può individuare la signoria nella sua posizione peculiare e nella sua radice, risiedente nel potere del Signore di casa, ed è in grado contemporaneamente di riconoscere il significato del ‹mundio› per l'espansione del potere regio.[118] Ma lo sviluppo storico nei secoli delle migrazioni di popoli e delle fondazioni di regni non gli si può presentare come contrapposizione fra una monarchia signorile e fondata sull'esercito, in via di rafforzamento e in lotta per il conseguimento di una autorità superiore, e la forza della Nobiltà e il diritto dei signori dotati di seguito personale,[119] bensì solo come progressivo assorbimento e superamento delle associazioni politiche comunitarie attraverso il principio signorile come tale, visto in senso astratto-unitario; processo che in conclusione sfocia in progressive ‹esenzioni›. « Corti pienamente libere, Marche curtensi a base signorile terriera, immunità con importanza di ‹centena›, immunità con diritti comitali, territori principeschi, signorie territoriali e Stati sovrani sono le componenti di un lungo processo evolutivo, che escludeva in costante progressione il legame signorile dagli antichi rapporti comunitari e dai vincoli d'ufficio che seguirono a questi ultimi ».[120]

3. La descrizione della situazione dei ceti nel Medioevo è determinata da una contraddizione che non viene superata. Da una parte Gierke considera

114. Cfr. Gierke: I 90.
115. Su ciò Gierke: I 53-54, 84-85.
116. Cfr. Gierke: I 90 ss, 79-80.
117. Gierke: I 94 ss, la citazione si trova a pagina 95.
118. Gierke: I 106-110.
119. In questo senso già Heinrich Mitteis, Walter Schlesinger e Adolf Waas: cfr. le opere citate ‹retro› alla nota 80, alla Sezione 2. Inoltre, per il periodo successivo, T. Mayer *Die Ausbildung der Grundlagen* cit., sopra tutto 290 ss.
120. Gierke: I 155.

le numerose costruzioni signorili, il processo di formazione dei ceti, sopra tutto all'interno delle comunità signorili.[121] L'uguaglianza comunitaria instaura, nelle relazioni di servizio, curtensi e feudali, più tardi anche nella città, un'uguaglianza di ceto, fonda quindi un nuovo diritto o uno ‹status› proprio;[122] da relazioni giuridiche individuali hanno origine condizioni generali: si crea un dualismo tra la sfera della signoria e la sfera della libertà risolto in vista dell'unità, che lascia posto a molteplici graduazioni.[123] Questo tipo di nascita di nuovi ceti, che riposa su un principio costitutivo politico-signorile corrispondente ad un mondo ordinato in termini non statuali, è conseguente e in sè fondato.[124] A Gierke tuttavia rimane precluso lo sguardo proprio nei confronti di questo principio costitutivo dei ceti, poichè egli insieme presuppone sempre il modello ‹social-cetuale› dello Stato liberale. La ‹familia› di un signore indica per lui quella dei suoi ‹homines›, i quali non erano ancora giunti alle condizioni giuridiche proprie della libertà (generale),[125] i ‹ministeriali› appaiono come ceto per nascita ai « confini superiori della non libertà »[126] e i cavalieri sono una ‹classe› di vassalli e di ‹ministeriali› in via di ascesa, dei quali alcuni entrano a far parte della Cavalleria imperiale.[127] Dietro a ciò sta la comunità popolare, saldamente costituita, articolata in modo social-cetuale, che ha il suo ordinamento giuridico generale nel diritto territoriale, solo che i ‹liberi›, in quanto vero e proprio ceto portante, diventano sempre meno numerosi e al loro posto fioriscono le formazioni intermedie, difficilmente qualificabili, di ceti derivanti dai diversi gradi di condizione signorile. Elementi specificamente non statuali dell'ordinamento medioevale, come ad esempio il diritto di associazione e di alleanza vengono, come già in Eichhorn,[128] ricondotti all'ordinamento fondamentale civile-comunitario presupposto e vengono spiegati come un attributo della ‹piena libertà› civile-cetuale.[129]

Questo modello social-cetuale diventa particolarmente evidente nella posizione di Gierke in riferimento al ceto dei contadini. Egli deplora che esso sia giunto troppo tardi a consapevolezza politica e si sia impadronito troppo tardi — o addirittura ne sia rimasto escluso — dello strumento dell'associazione,

121. Cfr. GIERKE: I §§ 20-23.

122. In generale GIERKE: I 155, per le città 326-327.

123. Cfr. in particolare GIERKE: I 166-167, 168-174, per i rapporti di diritto sovrano; 182-186, per la condizione dei ‹ministeriali› e della gente di servizio; 195-198 per le consociazioni di vassalli e cavalieri.

124. Su ciò si veda quanto è stato detto ‹retro› al Capitolo 2 (a proposito di Eichhorn) III 4, pagine 99-103.

125. GIERKE: I 159 ss; il diritto sovrano di Worms del Vescovo Burchard dell'anno 1024 serve come modello.

126. GIERKE: I 181.

127. Cfr. GIERKE: I 198, ed anche 498 ss.

128. ‹Retro› Capitolo 2 III 4, pagina 103.

129. Cfr. GIERKE: I 459-460.

che era invece servito a condurre alla autonomia politica tutti i ‹ceti superiori›.[130] Ciò è possibile solo partendo dal presupposto di una Società unitaria strutturata in senso social-cetuale, in base al quale appare come sviluppo errato che alcuni dei ceti abbiano raggiunto qualificazione giuridica politica ed altri no; al contrario, in base alla struttura signorile-cetuale, quale esisteva nella realtà, l'emancipazione del ‹ceto dei contadini› fino a diventare ceto politico avrebbe necessariamente portato alla distruzione dell'intero sistema. In tal modo infatti sarebbe venuto meno il fondamento reale di tutti i ceti non cittadini, il cui carattere di ceto derivava proprio dalla loro ‹signoria› di diritto proprio sulla terra e sugli abitanti di questa.[131]

4. Un'analoga fusione di considerazione attenta alle strutture e di presupposizione del modello civile-sociale-cetuale appare nella descrizione fatta da Gierke della formazione della signoria territoriale e dell'origine della costituzione dei ceti territoriali. Egli riconosce che nel caso dei ceti che si contrappongono al signore territoriale, non si tratta di sudditi privilegiati, ma di « forze politiche unitarie » del paese, e che il concetto di ceto è qui sopra tutto di tipo signorile e politico, nel senso che per la qualità di ceto è quasi sempre necessaria « una signoria autonoma sopra una parte del territorio del paese ».[132] Allo stesso modo egli considera la costruzione per strati della signoria territoriale e il suo carattere distintivo nei confronti del possesso diretto di terra da parte del signore territoriale e nei confronti di coloro — i ceti — che a quest'ultimo erano sottoposti solo nella misura di un particolare rapporto di diritto.[133] Anche il concetto giuridico di territorio non si riduce per lui al (vuoto) territorio signorile, ma indica il « complesso di ambiti giuridici personali e territoriali organizzati in funzione di una vivente unità totale », titolare del quale appare la « totalità delle autonome unità politiche, o ceti del territorio, uniti comunitariamente », raggruppata nell'« Assemblea nazionale ».[134] Egli manifestamente distingue questo concetto concreto, storico di territorio dal concetto statuale che esprime una unità superiore comprendente ceti e Signori territoriali;[135] egli circoscrive così sostanzialmente già ciò che Otto Brunner in certo modo doveva riscoprire, in contrasto con tutta la letteratura successiva a Gierke.[136]

130. Cfr. GIERKE: I 499-501, ed anche 634 ss.

131. Su ciò O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 459-460, 463 ss, e *Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft* cit., 299 ss.

132. GIERKE: I 460, 536-537, e 562; colà anche la citazione.

133. GIERKE: I 572-573, inoltre 564 ss, sul diritto signorile del Principe come rapporto giuridico bilaterale, dal quale provengono clausole sulla prestazione di omaggio da parte dei ceti, sul diritto di resistenza e sulla sfera propria dei Ceti.

134. GIERKE: I 537, ed anche 516, 518, 524-525.

135. GIERKE: I 572-575.

136. Cfr. O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 223-224, dove vengono valutate anche le obiezioni portate contro ciò dalla posizione tradizionale.

Ma dall'altra parte Gierke riconduce i ceti di nuovo a movimenti e a costruzioni social-cetuali derivati dalla Società e miranti all'autonomia politica.[137] I ceti devono la loro posizione non al loro proprio potere signorile o alla loro posizione giuridica nella costituzione del territorio, ma alla loro unità comunitaria: questa non assicura diritti politici già preesistenti, ma li fonda per la prima volta, si tratta di un processo di unificazione comunitaria dapprima all'interno dei ceti, poi fra i ceti stessi.[138] La ragione interna dell'esistenza del ceto degli ecclesiastici e dei prelati in parecchi territori, non è spiegabile in tal modo per Gierke: anch'essi furono in conclusione considerati come una comunità di ceto.[139] E i dipendenti e i soggetti dei ceti appaiono — in modo analogo a quanto accade nella costituzione interna delle città — come ‹consorti di difesa› ⟨Schutzgenossen⟩ dell'Assemblea dei ceti, che è organizzata completamente secondo lo schema comunitario.[140]

Partendo da questa posizione, la questione del carattere rappresentativo dei ceti territoriali, che accompagnò tutto il XIX secolo, permane in una situazione di dubbio. Gierke da una parte non si può decidere a riconoscere che i ceti territoriali realmente s o n o il paese, anche se proprio il suo concetto di territorio lo dovrebbe portare a ciò: d'altra parte egli vede che non si tratta della moderna rappresentanza popolare, ma di una posizione derivante da diritto proprio.[141] Così egli si rifà, con chiaro richiamo alla « corporazione privilegiata », ad una rappresentanza di natura propria, configurando una comunità territoriale costituita in personalità collettiva nei confronti del signore territoriale.[142]

Al contrario, perfettamente aderente alla realtà è la descrizione del tardo sviluppo e del declino della costituzione dei ceti territoriali. Qui Gierke constata il processo della concentrazione di tutti i diritti signorili nello Stato del signore territoriale, della perdita di potenza politica dei ceti e dell'emancipazione dei loro sudditi. La sua teoria dialettica dello sviluppo gli consente di estendere lo sguardo sul complesso fattuale e storico di questo processo. Egli vede che proprio là si compie realmente e acquista la sua concreta funzione politico-costituzionale la distinzione di diritto pubblico e privato, che il significato statale dei diritti di ceto va perduto, che questi diritti vengono ridotti nel diritto privato, dove pure devono stare in guardia, per difendersi dalle pre-

137. GIERKE: I 459-460, 499-500, 536-537.
138. Cfr. la descrizione in GIERKE: I 536-540.
139. Così GIERKE: I 538.
140. GIERKE: I 573. Contraddice a questo concetto di ceto, che Gierke trovi la ragione del rafforzamento della federazione svizzera fino a diventare Stato, senza far ricorso alla sovranità territoriale, nel fatto che quella federazione rimase una federazione di ‹Ländern› dotata fin dal principio di un « significato non puramente cetuale, ma anche territoriale »: GIERKE: I 532.
141. Cfr. GIERKE: I 574-576, 578-579.
142. GIERKE: I 576.

tese alla concentrazione del Signore territoriale fondate sulla ‹salus publica› e sul ‹jus eminens›.[143] Così si introduce un mutamento concettuale, attraverso il quale dall'unione delle forze politiche del paese sorge una corporazione di diritto privato dotata di diritti e privilegi speciali e avente, quanto alla composizione, un fondamento reale.[144] I giuristi del principe qualificano in conclusione i ceti come ‹sudditi privilegiati› nei cui confronti diventa un dovere del signore territoriale difendere i non privilegiati. In tal modo i ceti, alla fine, si riducono politicamente a ‹nullità›.[145]

5. Gierke ha cantato la lode della libertà cittadina e dell'autocostituzione comunitaria delle città come autonome comunità politiche. La città è per lui una realizzazione esemplare dello Stato costituzionale, il quale concilia signoria e comunità:[146] egli trova già precostituite in essa tutte le problematiche costituzionalistiche. Sulla base della sua storia dello sviluppo della storia costituzionale, il fondamento della libertà cittadina consiste nell'adozione del libero principio associativo nell'antica comunità germanica.[147] La libertà cittadina non è una libertà conquistata dal nuovo attraverso la fusione di signoria e comunità, ma è la rinascita dell'antica libertà comunitaria germanica in una forma superiore. Su questa base non viene in discussione per l'origine della città nè la teoria municipale nè quella del diritto curtense;[148] anche gli insediamenti di commercianti e le fondazioni di mercati sotto la protezione regia vengono esclusi. La norma dello sviluppo cittadino dev'essere la continuità verso un libero comune alto-germanico: così si spiega che le città episcopali costituiscano per lo più il prototipo dello sviluppo cittadino.[149]

Per Köln, Magdeburg e Trier Gierke ritiene provata una tale continuità, ma anche nelle altre città episcopali si tratta « secondo ogni probabilità » in ogni caso di un antico libero comune, che solo nel corso del tempo si pose sotto ‹avvocazia› episcopale, « ma rimase sempre cosciente della sua tendenza alla piena libertà e alla più assoluta autonomia ».[150] Le fasi dello sviluppo sono in generale le seguenti: dapprima, nei luoghi delle antiche città romane, una coe-

143. Gierke: I 802-803.
144. Gierke: I 804-805.
145. Gierke: I 816-817.
146. Cfr. Gierke: II 820 ss; vi si trova l'interpretazione concettuale della città, la quale procede completamente da categorie statali; la città è il primo insieme comunitario (pagina 828).
147. Gierke: I 250, ed anche ‹retro› II 1.
148. Cfr. su ciò Gierke: I 250-252.
149. Lo sviluppo delle città dalle comunità di ‹corte› oppure dalla signoria terriera viene trattato al contrario molto sommariamente in sette pagine e secondo il modello delle città vescovili. E. Klingelhöfer *Die Reichsgesetze... Friedrichs II.* (Weimar 1955) 28, nota 4, osserva a questo proposito che la maggior parte delle città erano proprio fondate su terre regie ed erano la continuazione delle ‹corti› regie franche.
150. Gierke: I 251.

sistenza del libero comune germanico e della signoria episcopale;[151] nell'epoca post-carolingia la tendenza del Vescovo ad una signoria di difesa unitaria sull'intera popolazione della città e ad una posizione di dipendenza di tutti gli ufficiali e i giudici:[152] contro la minaccia di un tale ‹avvocazia›, la lotta della « comunità degli antichi liberi », la quale ora combatte per sè e per l'intera cittadinanza, diventa vero e proprio comune cittadino, ottiene diplomi di franchigia regia e assorbe in sè gradualmente le altre comunità:[153] infine all'interno di questi comuni la trasformazione di una comunità « cresciuta naturalmente » in una « liberamente voluta » e « veramente politica », che perviene all'organizzazione unitaria.[154] Il capo del comune diventa organo del comune, trova la sua completezza nel Consiglio — ufficio che contemporaneamente rappresenta e governa la cittadinanza —, e si vale insieme del diritto di autoamministrazione e di signoria.[155] Questo Consiglio instaura « il potere statale nel senso odierno ».[156] Attraverso un progresso graduale, esso realizza « l'unità del potere di governo » — mentre altrove diritti signorili ed uffici diventano un gioco delle « accidentalità del diritto privato » — e porta avanti il compimento finale della costituzione nell'ufficio di Borgomastro, col che il principio dello Stato costituzionale si realizza pienamente, da sotto in su, su base comunitaria.[157]

All'interno della città si compie a questo punto un accomodamento costituzionale: la popolazione articolata in senso social-cetuale, della quale all'inizio solo i « pienamente liberi » avevano il diritto di cittadinanza, acquista, attraverso progressive associazioni dei Ceti originariamente chiusi e separati, nelle battaglie corporative, il diritto di cittadinanza per tutti i ceti; « la struttura cetuale aveva ceduto all'eguaglianza di ceto del nuovo libero ceto cittadino ».[158] Sullo sfondo di ciò sta, come si vede, il moderno concetto di cittadinanza. Ma Gierke deve anche convenire che la cittadinanza era più ristretta della comunità statale e che la maggioranza dei cittadini ne faceva parte solo come membri di una comunità di difesa ‹Schutzgenossen›.[159] Egli riconduce, in modo strettamente costituzionalistico, alla « non autonomia » di coloro che non erano titolari di pieno diritto tutto ciò che discende dalla ‹casa› che continuava a sussistere ancora, da principio, nelle città come elemento costitutivo dell'or-

151. GIERKE: I 252 ss.
152. GIERKE: I 255-258.
153. GIERKE: I 258-263.
154. Cfr. GIERKE: I 269-270.
155. Cfr. GIERKE: I 270-274, 276.
156. GIERKE: I 277.
157. GIERKE: I 278: « L'unità esterna e personale, che finora era stata dedotta solo dal concetto di signoria, fu costruita anche su base comunitaria ed in tal modo la costituzione comunitaria crebbe in costante relazione con la costituzione signorile ». Cfr. anche O. VON GIERKE *Der germanische Staatsgedanke* cit., 14-15.
158. GIERKE: I 320-327, la citazione si trova a pagina 327.
159. GIERKE: I 330-331.

dinamento civile.[160] E il Clero, i Monasteri e gli ordini cavallereschi, le comunità giudaiche e i sudditi delle città il cui ‹status› particolare derivava da concrete relazioni di signoria o di protezione o da diritti di autonomia, appaiono come « classi di abitanti o confederati », appartenenti alla comunità di difesa.[161]

Non è questa la sede per esaminare nei particolari fino a che punto Gierke abbia colto nel segno in questa descrizione e fino a che punto i suoi risultati siano stati accantonati o corretti dalla recente ricerca sulla storia delle città.[162] Sicuramente è possibile individuare nella città medioevale elementi costituzionali che si trovano anche nello Stato moderno e che probabilmente sono serviti come modello. Allo stesso modo fino ad oggi è rimasto indiscusso che l'idea dell'uguale diritto di cittadinanza, del dovere di ufficio e militare e dell'imposta generale si sia sviluppato nelle città del tardo Medioevo. Ma questo non è il nostro problema. Qui si deve considerare come l'intera descrizione ed interpretazione dipenda fin dal principio da un punto di vista costituzionalistico, desunto dall'ideale costituzionale di Gierke, e come tutte le problematiche ne siano determinate in conseguenza.

IV.

Non si sarebbe giusti nei confronti del lavoro di Gierke se si trascurasse che l'applicazione dei concetti e delle distinzioni proprî del moderno Stato costituzionale per la descrizione della realtà più antica è divenuto per lui un problema di metodo e di fatto. Proprio la sua concezione dello sviluppo storico gli ha fatto individuare ed enucleare, nel corso del tempo, la dipendenza temporale e la natura peculiare delle istituzioni e dei concetti ordinati nel senso dello Stato costituzionale.[163] In contrasto con l'applicazione ‹aprioristica› dei concetti e della sistematica del moderno diritto statale, come si può vedere in Rudolf Sohm ed Heinrich Brunner,[164] e come generalmente si realizzò at-

160. Gierke: I 330-331.
161. Gierke: I 330.
162. La ricerca storica sulla città ha avuto negli ultimi vent'anni un impulso incomparabile che a tutt'oggi non è ancora nel complesso valutabile. Anche il lavoro di riepilogo di H. Planitz *Die deutsche Stadt des Mittelalters* (Graz-Köln 1954) porta meno un risultato che un contributo alla discussione che si trova, dopo come prima, ancora in pieno vigore. Cfr. ad esempio la critica condotta alle tesi di Planitz da K. Kroeschell *Weichbild. Untersuchungen zur Struktur und Entstehung der mittelalterlichen Stadtgemeinde in Westfalen* (Köln-Graz 1960) 6-22. Quanto al più recente stato della ricerca cfr. *Die europäische Stadt* (Konstanz 1959) ‹Vorträge und Forschungen, 4› dell'‹Institut für Geschichtliche Landeskunde› di Costanza.
163. Caratteristica per ciò è la recensione di Gierke al lavoro di P. Sander *Feudalstaat und bürgerliche Verfassung*, in « *ZSSR*(G) » 28 (1912) 612 ss.
164. Cfr. ‹infra› Capitolo 4 II.

traverso il positivismo giuridico, egli si è invece strettamente attenuto alla ‹uniformità› del diritto medievale, ed ha anche sottolineato, per questo periodo, la inapplicabilità della distinzione fra diritto pubblico e privato.[165] « Chiunque creda di poter fondare l'essenza di un istituto costituzionale medievale sul fatto che esso appartiene al diritto pubblico o al diritto privato, si trova su una strada sbagliata », si legge in una conferenza del 1912.[166] « In verità quelle contrapposizioni concettuali non esistevano affatto nel diritto antico », non ne esistevano nè i termini nè i concetti.[167]

Ma da ciò Gierke non trae la conseguenza che questi concetti non siano applicabili alla descrizione e all'interpretazione del passato: egli non può più padroneggiare, in base ai presupposti del suo pensiero, il problema che qui gli si presenta. Il carattere storico-evolutivo e sistematico della sua comprensione storica si realizza ora anche per quanto riguarda i concetti giuridici e la loro conformazione: ciò conduce, in conclusione, ad un'assimilazione alle problematiche della sopravveniente discussione metodologica neo-kantiana. I concetti moderni diventano così per Gierke solo un prodotto della progressiva differenziazione di presupposti un tempo indistinti ed uniformi. Essi sono estranei al diritto antico solo riguardo alla loro forma di realizzazione, non all'aspetto sostanziale e raggiungono nel corso della storia una formazione compiuta.[168] Si tratta, per lo storico, di rendere comprensibile questo processo. Noi « che possiamo scorgere l'intera linea di sviluppo », dobbiamo « completare l'analisi di ciò che è indistinto con l'aiuto delle distinzioni concettuali che si sono realizzate, dobbiamo commisurare gli antichi contenuti incompiuti ai concetti ormai attestati ».[169] In tal modo anche la ‹uniformità› del diritto medievale è in conclusione solo una mistura di elementi ancora indistinti; non è assolutamente possibile comprendere « l'essenza degli antichi istituti giuridici senza chiarire la situazione di mescolanza predominante in essi, in base a ciò che oggi ci si presenta come diritto pubblico e privato, e senza stabilire il carattere ‹prevalente› — in questo senso — di diritto pubblico o privato che è loro proprio ».[170] In tal modo ora tutti i concetti storici vengono ridotti al presente e ricevono la loro valutazione solo in base a quest'ultimo. Ciò corrisponde perfettamente alla concezione che Gierke ha della storia costituzionale, determinata in base allo Stato costituzionale liberal-monarchico. Come la storia reale, anche la storia dello spirito, la formazione della coscienza, si compie in un processo chiuso.[171]

165. Contro Sohm cfr. l'osservazione in GIERKE: II 5, nota 1; inoltre ‹infra› al Capitolo 4 II.
166. Recensione citata al lavoro di Paul SANDER, in « *ZSSR(G)* » 28 (1912) 619.
167. *Ibid.* 613.
168. *Ibid.* 613-614.
169. *Ibid.* 614.
170. *Ibid.* 619.
171. Su ciò in particolare GIERKE: II 7-9, 12-14.

Partendo da questa posizione, era inevitabile che Gierke fosse assorbito dalle tendenze del suo tempo verso la depoliticizzazione e la neutralità. Esse gli si dovevano presentare come un ulteriore passo avanti verso l'astrazione e la più ampia generalizzazione della conoscenza. Il movimento politico dal quale egli era uscito era stato superato[172] e Gierke era sopravvissuto ad esso. Il suo interesse scientifico era rivolto sempre più a questioni puramente storico-giuridiche e dogmatico-giuridiche, al di là dei problemi politici del tempo. La forza politica che aveva informato di sè il primo volume del suo *Genossenschaftsrecht* andò perduta, e, al posto della concreta dottrina dello Stato e della costituzione che in quello aveva trovato la sua espressione, subentrò infine un'astratta fenomenologia della realtà sociale nell'« ambito delle associazioni umane ».[173] La costituzione si ridusse alla « organizzazione giuridica di un insieme sociale », il cui mutamento si compiva attraverso « la trasformazione dei principî giuridici validi », di modo che la storia costituzionale non era più « altro che storia del diritto ».[174] Così il primo volume del *Genossenschaftsrecht* era già divenuto storia esso stesso nell'anno 1913, quando Gierke pubblicò, incompleto, il quarto volume. « Esso è superato non solo dalla ricerca ma anche dalla vita », affermò chiaramente lo stesso Gierke e si distolse con rassegnazione da una sua rielaborazione.[175]

172. Cfr. ‹retro› I 3.
173. Cfr. su ciò H. Krupa *Genossenschaftslehre und politische Neutralität* cit., 725-726, dove questo sviluppo, nonostante il carattere di dipendenza temporale di alcune formulazioni, è ben contraddistinto.
174. Recensione citata all'opera di Paul Sander, in « *ZSSR(G)* » 28 (1912) 612.
175. Gierke: IV v-vi.

CAPITOLO QUARTO

Il passaggio da una storia costituzionale politicamente orientata ad una storia del diritto ‹giuridica›: Roth, Sohm, Heinrich Brunner, Below.

I.

1. Il liberalismo ‹organico›, il cui influsso sulla ricerca storico-costituzionale è stato indagato nel Capitolo precedente, era solo ‹una› delle forze determinanti nel movimento spirituale-politico del XIX secolo. Esso si pose fin dall'inizio in contrapposizione con il pensiero orientato nel senso del giusrazionalismo, del moderno pensiero sulla sovranità e dei principî del 1789, che sbocciò sopra tutto in Francia e si instaurò infine anche in Germania come la forza decisiva del successivo sviluppo storico. Già nel ‹Vormärz› esisteva, accanto all'indirizzo storico-organico, quello occidentale-illuministico del liberalismo, che si orientava nel senso della teoria del contratto statale e della libertà e dell'uguaglianza generale, prendendo le mosse da Rousseau e Kant; la duplicità del punto di vista dello *Staatslexikon* di Rotteck-Welcker costituisce una chiara prova di ciò.[1] Accanto a Dahlmann, Waitz e Beseler vi erano uomini come Carl von Rotteck e Robert von Mohl,[2] e nel Parlamento della Paulskirche vi era, accanto al ‹centro-destra› dei Germanisti, l'ala dei democratici e dei ‹radicali›, che lottavano per la sovranità popolare, la costituzione

1. Cfr. ad esempio, da una parte, le voci *Allodium und Feudum*, *Deutsche Staatsgeschichte*, *Deutsches Landesstaatsrecht*, *Justus Möser*; dall'altra, le voci *Freiheit*, *Naturrecht-Vernunftrecht*, *Polizei*, *Staatskirche und wahre Glaubensfreiheit*. Questa duplicità di veduta viene rilevata anche da H. ZENTER *Das Staatslexikon von Rotteck- und Welcker* (1929), il quale considera d'altro canto ciò, procedendo da un concetto di liberalismo unitario, come debolezza e conseguenza negativa. Sui raggruppamenti del liberalismo cfr. ora E. R. HUBER *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., II 300 ss.

2. Su Rotteck come l'« araldo del liberalismo meridionale tedesco di orientamento francese » cfr. H. VON SRBIK *Geist und Geschichte* cit., 343; inoltre F. HARTUNG *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., 208.

democratica ed il suffragio universale.[3] Dopo il fallimento del movimento costituzionale dell'anno 1848, fu il conflitto prussiano che costituì il punto di passaggio decisivo. In esso divenne del tutto chiaro che per la regolamentazione delle condizioni politiche non fungeva più da criterio di misura l'armonico accordo e l'organica coesistenza di monarchia e popolo, bensì l'alternativa di monarchia e sovranità popolare e l'aspro dualismo di Stato monarchico-burocratico e Società borghese-liberale.[4]

Il liberalismo si trasformò ora, nella sostanza, in liberalismo democratico ed economico; esso si rifece ad una ‹teoria costituzionalistica› i cui concetti erano presi in prestito da un sistema costituzionale orientato verso il principio della sovranità popolare.[5] In contrapposizione ad esso vi erano, dall'altra parte, i difensori del ‹principio monarchico›: questa formula, di impronta giustatalistica, serviva alla stabilizzazione della situazione di potere fondata dopo il Congresso di Vienna, era priva perciò di un fondamento spirituale; in concreto essa consisteva nel considerare il monarca come legittimo titolare del potere statale unitario e nel qualificare tutti i diritti costituzionali del popolo solo come partecipazione all'esercizio del potere stesso.[6] Questa situazione storico-politica a causa della quale il liberalismo organico doveva cadere nel vuoto, è palesata nel modo più chiaro dall'azione di Bismarck. In Prussia egli si fondò sul ‹principio monarchico› e costruì su di esso, al tempo del conflitto costituzionale, la sua teoria cripto-assolutistica delle lacune, mentre per l'Impero raccomandò già nel 1866 un Parlamento eletto con voto generale ed egualitario.[7]

3. Sui raggruppamenti politici nel Parlamento della Paulskirche V. VALENTIN *Die deutsche Revolution von 1848-1849* (Berlin 1930-1931) II 20 ss, e E. R. HUBER *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., II 613 ss.

4. Il dissidio che qui si compì viene chiarito a fondo da T. SCHIEDER *Staat und Gesellschaft* cit., 152-153. Per il contesto generale cfr. E. FORSTHOFF *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., 178-187.

5. Su ciò è sintomatico, da una parte, L. VON RÖNNE *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie* 4 v (Leipzig 1881^{3}), e G. ANSCHÜTZ *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht* (Tübingen 1901^{2}); d'altra parte la costruzione giuridica della società economica liberale (« borghese ») dalla metà del sedicesimo secolo attraverso le copiose legislazioni di diritto commerciale ed economico: cfr. su ciò F. WIEACKER *Privatrechtsgeschichte* cit., 273 ss, 279 ss, e A. ZYCHA *Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit* (Marburg/Lahn 1949^{2}) 306 ss.

6. Un'interpretazione teoretica è stata data per il primo da F. J. STAHL *Das monarchische Prinzip* (Heidelberg 1845). Cfr. inoltre O. BRUNNER *Vom Gottesgnadentum* cit., sopra tutto 301-303; ivi è citata ulteriore letteratura. Quando E. FORSTHOFF *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., 206-207, afferma che i seguaci del principio monarchico sarebbero stati difensori di una concezione cristiano-conservatrice e metafisica e di una monarchia « per grazia di Dio », è certamente nel vero, tuttavia la monarchia per grazia di Dio in quanto tale potè essere fondata e difesa, sul piano della contrapposizione politica, non più con riguardo alla sua risonanza, al più tardi a partire dal 1848.

7. Cfr. F. HARTUNG *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., 270 ss, 274; inoltre T. SCHIEDER *Staat und Gesellschaft* cit., 69-71, dove viene presentato questo dilemma relativo alle discussioni sul diritto di voto negli anni successivi al 1866.

Ciò che qui realmente accadde potè dapprima essere mascherato attraverso i nuovi raggruppamenti politici dei nazional-liberali e dei liberi conservatori; ma queste nuove costruzioni non erano più posizioni di un ‹centro organico› autonomo, bensì posizioni intermedie fra monarchia e sovranità popolare sorte dal riconoscimento di un successo politico-militare.[8] In via di principio fungeva ora chiaramente da criterio su entrambi i fronti un pensiero politico che era orientato completamente nel senso del rigore del moderno pensiero statale, del suo monismo, decisionismo e mascherato individualismo e si muoveva conseguentemente in un sistema di concetti formali ed antitetici, tendenti alla creazione di aspre divisioni e contrapposizioni.

A questo pensiero si contrapponeva il liberalismo organico, nel senso che quest'ultimo da una parte faceva proprio il moderno pensiero statale, ma contemporaneamente lo relativizzava, collegandolo agli ordinamenti sopravvenuti e cercava di unificare in modo storico-organico il movimento di emancipazione, fungendo insieme da custode di un'eredità storica. Esso infatti riposava, esattamente come il liberalismo in senso occidentale, su una teoria naturale ed originaria di Stato e Società, solo che essa era intesa in termini politico-sistematici invece che razionale-individualistici ed anche il suo rapporto con la storia era sostanzialmente definito in modo politico-sistematico.[9] In base ai suoi presupposti era certamente possibile individuare il problema sorto dal movimento di emancipazione e dalla successiva separazione di Stato e Società, ma non comprenderlo e risolverlo in senso proprio; il suo quadro della realtà rimase un gradino più in basso, davanti ai dati di fatto reali. Il pensiero fondato sulle teorie illuministiche e sul moderno pensiero statale aveva al contrario il privilegio della più grande conseguenza e aderenza al movimento di Stato e Società, messo in moto dalla Rivoluzione francese, movimento che gradualmente si andava diffondendo in tutta Europa. Il suo definitivo successo era così meno il risultato di una costellazione esterna che non la manifestazione di una situazione storica interna.

La distinzione e la finale trasformazione che in tal modo si introdusse nel predominante pensiero statal-teoretico e costituzional-politico, fu decisiva anche per la ricerca storico-costituzionale: in questo settore fu proprio la continuità formale, l'aderenza mantenuta con la ‹Scuola storica del diritto› e con il movimento nazionale che realizzò in primo luogo questo mutamento. Ci si mantenne nell'ambito della problematica nazionalpolitico-costituzionalistica nei confronti della storia e si cercò di ricostruire quest'ultima ancora con il materiale concettuale del proprio tempo: ma l'ideale costituzionale che si trattava di giustificare e di fondare sulla base della storia era ora ‹puramente› orientato al moderno Stato istituzionale, al potere signorile ‹sovrano› su una associazione

8. Su ciò anche F. Hartung *Deutsche Verfassungsgeschichte* cit., 272.
9. Cfr. ‹retro› al Capitolo 1 III 1, e al Capitolo 3, Sezione 1 I e II.

egualitaria di sudditi, al fondamento strettamente personale di tutti i doveri e diritti del diritto statale, alla chiara contrapposizione di pubblico e privato, di statale e feudale-signorile, di normativo e contrattuale e così via. Il quadro della costituzione tedesca antica e medievale, che la ricerca sorretta dal liberalismo organico aveva tracciato, subì perciò dei mutamenti proprio nei punti essenziali. Tutto ciò che in essa non corrispondeva (ancora) del tutto al moderno pensiero statale o che lo relativizzava, come lo ‹Stato dei proprietari terrieri›, il collegamento della posizione giuridica personale e politica alla proprietà e al possesso della terra, la costituzione comunitaria invece che istituzionale delle prime comunità politiche, il maggiore o minore significato delle relazioni signorili di seguito e personali, venne ora decisamente negato o considerato come degenerazione.

Già nel 1874, quando il primo volume del *Genossenschaftsrecht* di Gierke era apparso da sei anni, Paul von Roth parlò in termini molto consapevoli degli « errori di fondo » della vecchia Scuola e presentò il « nuovo quadro della situazione » che la ricerca nel frattempo aveva raggiunto.[10] « Nella rappresentazione del nostro sviluppo antico noi ci troviamo così in generale come nelle singole questioni in una situazione diversa; l'edificio che questi uomini hanno stancamente eretto è completamente crollato ».[11] Ciò era manifestamente diretto solo contro l'indirizzo di ricerca rappresentato da Eichhorn e da Savigny, ma nella questione era indirettamente sottinteso l'indirizzo proprio del liberalismo organico e sopra tutto di Otto von Gierke.[12]

2. Questo sviluppo e l'apparire del nuovo quadro generale delle antiche condizioni costituzionali assumono particolare evidenza con Paul von Roth. Entrambe le sue opere di storia costituzionale[13] sono oggi per lo più cadute nell'oblio ma al loro tempo esse furono fondamentali per lo svolgimento della ricerca storico-costituzionale e per il passaggio di quest'ultima all'osservazione esclusivamente giuridica in senso storico-g i u r i d i c o. Solo partendo dal *Benefizialwesen* di Roth si è veramente imparato ad elaborare una storia costituzionale tedesca, ha affermato più tardi Karl von Amira, dal punto di vista dello storico del diritto « giurista »; con questo libro è cessato il tempo in cui uno storico del diritto poteva nutrire i suoi lettori con « vaghi modi di dire »,

10. P. von Roth *Die Literatur über die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung*, in « *Kritische Vierteljahreschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* » 16 (1874) 192 ss (recensione al lavoro di R. von Sohm *Die Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung*, Leipzig 1871).

11. von Roth *Ibid.* 192.

12. Cfr. la descrizione degli « errori di fondo » della vecchia scuola in von Roth *Ibid.* 193, inoltre l'esaltazione del lavoro di Sohm, che espressamente era rivolto contro Maurer e Gierke, come guida per costruire il nuovo quadro costituzionale: von Roth *Ibid.* 197 ss.

13. P. von Roth *Geschichte des Benefizialwesens von den ältesten Zeiten bis ins 10. Jahrhundert* (Erlangen 1850) e *Feudalität und Untertanenverband* (Weimar 1863).

invece di formulare « ciò che è degno di essere affermato e determinato per il giurista ».[14] Il punto di frattura nello sviluppo della ricerca storico-costituzionale del XIX secolo dev'essere individuato in Paul von Roth.[15]

Roth si trovava ancora in una relazione spirituale diretta con la ‹Scuola storica del diritto›. Agli inizi degli anni Quaranta egli aveva studiato alla Università di Monaco, dove nel 1848 aveva ottenuto l'abilitazione per l'insegnamento del diritto tedesco:[16] in tal modo egli era cresciuto fra le posizioni problematiche e le polemiche dei Germanisti che proprio durante questi anni rafforzavano e difendevano la loro posizione.[17] Lo « scopo superiore » della ricerca storico-giuridica non consiste per lui nella raccolta e nella classificazione antiquaria, ma nell'« indicare la via per le necessarie trasformazioni del diritto pubblico e privato, alle quali nessuna epoca si può sottrarre ».[18] Anche il fondamento rimane completamente nell'ambito del pensiero dei Germanisti: « la nostra costituzione come il nostro diritto contenevano i germi dello sviluppo più nobile, essi potevano sopportare la comparazione con le istituzioni di ogni altro paese e di ogni altro popolo ».[19] In quanto figlio di un ‹Oberkonsistorialpräsident› della Baviera Roth potè mantenersi in stretta aderenza con la realtà dello Stato bavarese, come risultava dalle riforme di Montgelas improntate al modello francese; l'acutezza del pensiero statale moderno e il principio ordinativo di Stato e Società si erano colà già ampiamente realizzati, come dovunque in Germania: corrispondentemente si era pienamente compiuto anche il distacco dall'antico ordinamento per ceti. Ciò può aver causato fin dall'inizio un orientamento più ‹occidentale› ed una certa distanza nei confronti del liberalismo ‹organico›. Il passaggio al nuovo quadro degli antichi rapporti costituzionali tedeschi, del tutto improntato al moderno concetto di Stato ed alle idee del 1789, si compie, per lo meno esteriormente, meno sulla base di considerazioni di principio che sulla base della polemica, irrinunciabile per il

14. K. VON AMIRA *Paul von Roth*, in *Allgemeine Deutsche Biographie* LIII 540-541.

15. In questo senso anche R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III 2, pagine 887-888; più recentemente T. MAYER *Die Königsfreien* cit., 9-11. Parimenti F. HARTUNG *Zur Entwicklung der Verfassungsgeschichtsschreibung in Deutschland*, in « *Sitzungsberichte der Deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Klasse für Philosophie, Geschichte, Staats-, Rechts- und Wirtschaftwissenschaft* » (1956) 11 e 13, individua, riguardo a questo periodo, una nuova cesura all'interno dello sviluppo della storiografia costituzionale del secolo, il cui fondamento egli scorge solo nell'inizio di una divisione del lavoro fra giuristi e storici.

16. K. VON AMIRA *Paul von Roth* cit., 538-539.

17. La « *Zeitschrift für deutsches Recht* » di Reyscher, l'organo di battaglia dei Germanisti, era apparso per la prima volta nel 1839, l'opera di G. BESELER *Volksrecht und Juristenrecht* cit. invece nel 1843.

18. P. VON ROTH *Die rechtsgeschichtlichen Forschungen seit Eichhorn*, in « *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* » 1 (1861) 14.

19. K. VON AMIRA *Paul von Roth* cit., 538; sul padre di Roth cfr. *Deutsche Allgemeine Biographie* XXIX 317 ss.

‹germanista› Roth, contro la tesi degli storici francesi del carattere anarchico, antistatale della ‹libertà germanica›.

Questa tesi fu per la prima volta propugnata nel corso della discussione condotta nella Francia settecentesca sull'origine del feudalesimo e sul carattere franco o gallo-romano della Monarchia francese;[20] scaturì dall'opposizione borghese ai diritti e alle ‹libertà› della Nobiltà, che quest'ultima difendeva richiamandosi all'antica libertà germanica;[21] più tardi trovò nuovo alimento nella coscienza nazionale del Terzo Stato, una volta pervenuto al potere. Ordinamento statale, autorità pubblica, diritto e legalità generale, così insegnava, derivavano da una radice gallo-romana, come eredità dei Cesari romani, il feudalesimo, come complesso di anarchia e potere privato, invece proveniva dalla costituzione germanica, che venne introdotto nel paese con la conquista franca. Così ritennero l'Abate Dubos ed una parte degli Enciclopedisti,[22] ed in seguito nel XIX secolo Augustin Thierry, Guizot e Jules Michelet.[23] Per Guizot l'influsso germanico nello sviluppo della civiltà risiedeva sostanzialmente nella ‹inciviltà› dei Germani, nella loro « passion de l'indépendance ». Essi non avevano alcun potere pubblico e religioso; « la seule puissance réelle de cette société c'était la volonté de l'homme » e con ciò il « régime de la force ».[24] Le forme di organizzazione erano la stirpe, intesa in maniera non rigorosa, e la « bande guerrière », la banda guerriera, in nessun modo lo Stato;[25] già alla costituzione tacitiana apparteneva, accanto all'Assemblea degli uomini liberi, il « patronage aristocratique », nella forma del seguito e del grande possesso terriero.[26] Nello stesso senso Michelet ha poi sviluppato la sua dottrina dell'« époque anarchique »: la conquista franca significò il crollo di ogni ordinamento pianificato e civilizzato, sopra tutto il declino delle città e della vita libera; in più pagine la ricostruzione di Guizot viene citata come insuperabile.[27] Anche qui nessuno Stato, e invece l'editto di Clotari del 614, in quanto « constitution perpétuelle » dei « deux aristocratiques, laique et ecclésiastique »[28] ed infine il « matérialisme profond » del mondo feudale.[29]

20. E. WEIS *Geschichtsschreibung* cit., 24 ss.
21. Cfr. su ciò MONTESQUIEU *De l'esprit des lois* Libro 11, Capitolo 6 ed in generale E. HÖLZLE *Die Idee einer altgermanischen Freiheit* cit., 49-52 e 111 ss, per Montesquieu.
22. E. WEIS *Geschichtsschreibung* cit., 24 ss.
23. J. N. A. THIERRY *Essai sur la formation et les progrès du Tiers Etat* (Paris 1853); F. P. G. GUIZOT *Histoire de la civilisation en France* (Paris 1836[1]); J. MICHELET *Histoire de France* I-II (Paris 1833).
24. F. P. G. GUIZOT *Histoire* cit., I (Paris 1859) 207.
25. GUIZOT *Ibid.* 220-221.
26. GUIZOT *Ibid.* 192-193.
27. J. MICHELET *Histoire de France* I (Paris 1879) 260-265.
28. MICHELET *Ibid.* I 302.
29. MICHELET *Ibid.* II 217 ss.

Queste tesi posero in questione non solo alcuni risultati, ma l'intero punto di partenza delle ricerche storiche dei Germanisti: la confutazione di queste ultime fu l'intento dichiarato di Roth. D'altra parte era proprio la convinzione dei Germanisti e del movimento nazionale che lo Stato nazionale tedesco al quale si aspirava fosse una conquista della storia nazionale, cioè il compimento ovvero il rinnovamento dell'antica costituzione germanica.[30] Come si poteva allora lasciarsi dire che l'essenza politica germanica fosse anarchica e ostile allo Stato e che il sistema feudale fosse solo una conseguenza di ciò? Così Roth vuole provare « che non il rapporto di vassallaggio, non la dipendenza da un capobanda, ma la semplice associazione dei sudditi, la dipendenza di ogni libero proprietario dalla comune autorità statale » costituiva il fondamento dello Stato germanico.[31] E allorchè ancora una volta dopo tredici anni, egli rinnova e sostiene questo dato che aveva già portato nella *Geschichte des Benefizialwesens* (1850), egli afferma del tutto esplicitamente: « infatti provare che l'associazione dei sudditi, cioè il fondamento dello Stato moderno, senza il quale non possiamo neppure raffigurarci una comunità ordinata, non sia una scoperta del nostro tempo, che la conquista di questo fondamento sia da intendere solo come il ritorno al buon ordinamento delle origini, provare ciò è lo scopo della presente indagine ».[32]

Nel prefiggersi questo compito, Roth aveva riconosciuto valida l'argomentazione in base alla quale operavano gli storici francesi ed aveva silenziosamente accettato i loro concetti e le loro problematiche. Ora dunque sussisteva il problema non solo di provare il carattere pubblico e in qualche modo statale della costituzione germanica, ma di rivendicare ad essa proprio quelle proprietà che gli storici francesi prendevano in considerazione come essenza ed eredità gallo-romana, non germanica. Ma queste erano proprio le caratteristiche specifiche dello Stato moderno, sovrano, centralizzato ed istituzionale, come i Re francesi ed i loro famosi Ministri l'avevano costruito pezzo dopo pezzo, attraverso lotte durate per secoli contro i privilegi della Nobiltà e delle Corporazioni e come la Rivoluzione francese del 1789 l'aveva infine compiuto.

In tal modo per Roth lo Stato germanico e franco continua ad essere l'unitaria « associazione dei sudditi ».[33] È sempre presente per lui la diretta relazione, non interrotta da alcuno spodestamento, con il « Re come la suprema autorità dello Stato »:[34] può dunque porsi la questione del « titolare della sovranità ».[35]

30. Cfr. ‹retro› Capitolo 3, Sezione I I 112 ss.
31. ROTH *Benefizialwesen*: VII e 106.
32. ROTH *Feudalität*: 335.
33. Dalla grande quantità di prove: ROTH *Benefizialwesen*: Prefazione, inoltre 29, 116-117; ROTH *Feudalität*: 23-24, 231, cfr. anche il titolo stesso.
34. ROTH *Benefizialwesen*: Prefazione III-IV, e VII; ROTH *Feudalität*: 231.
35. ROTH *Benefizialwesen*: 29-30.

Vi è solo «una classe di liberi», nel senso di «sudditi obbligati in modo uguale»[36] e tutti questi sudditi appaiono come «privati»;[37] mancano tutti gli elementi del pensiero statale organico. Con questo criterio e con i concetti ad esso relativi viene studiato anche lo Stato feudale: esso può apparire solo come la negazione di tutto ciò che costituisce lo Stato in senso proprio; esso rivaluta la diretta sottomissione al capo dello Stato, fonda una serie graduata di dipendenze personali, sostituisce al suddito il vassallo, alla legge il contratto e trasferisce ai privati l'esercizio del potere pubblico;[38] la sua costituzione ha, di conseguenza, i caratteri di anarchia e dispotismo. «Un paese in cui il potere militare ha funzione giurisdizionale, in cui la polizia non è esercitata direttamente o non nella sua interezza dall'autorità ma è durevolmente attribuita a singole famiglie o a proprietari terrieri per un distretto limitato, non ha alcun sistema statale, ma è un conglomerato che si deve consolidare o deve estinguersi».[39]

Da questo punto di partenza rimanevano distinti per Roth, in maniera precisa, anche i campi di ricerca. Dal presupposto che già la costituzione germanica aveva uno specifico carattere statale, nel senso della moderna associazione dei sudditi, si giungeva alla dimostrazione che questo carattere statale caratterizzava anche il Regno merovingio-franco e che la caduta nell'anarchia dello Stato feudale era avvenuta non già con la conquista franca, provenendo da radice germanica, ma solo più tardi, nel corso dell'VIII e IX secolo e prevalentemente a causa di circostanze esterne.[40] Da tutto ciò derivava un significato speciale quanto all'origine e alla diffusione dell'istituto del ‹beneficio›, come punto di partenza per la costruzione e il superamento dell'antica costituzione statale.

Per la costituzione germanica Roth si attiene sempre al quadro che Waitz aveva tracciato nel primo libro della sua storia costituzionale,[41] nel quale era già prefigurata la sua dipendenza dal modello dello Stato costituzionale; tale carattere aveva solo bisogno di essere interpretato nel senso del concetto di Stato orientato alla francese, basato sull'associazione dei sudditi.[42] Per la monarchia franca, la tesi di Roth è dunque che «tutti i liberi abitanti, dall'inizio

36. Roth *Benefizialwesen*: 108.

37. Roth *Feudalität*: 231.

38. Cfr. Roth *Benefizialwesen*: Prefazione III-IV, dove lo Stato feudale viene espressamente definito in questo senso. Inoltre 27-28.

39. Roth *Feudalität*: 27.

40. Roth *Benefizialwesen*: 32-33; Roth *Feudalität*: 1 ss, 34.

41. Cfr. la recensione ai volumi I e II della *Deutsche Verfassungsgeschichte* di G. Waitz, in «*Gelehrte Anzeigen*» 27 (1848) 130 ss, dove egli si dichiara espressamente in accordo con le tesi essenziali del I volume, sopra tutto con la concezione democratico-statale della costituzione, con l'idea di nobiltà, con l'interpretazione dei ‹principes› come autorità elette, con la sottoposizione dei seguiti alle comunità di popolo. Cfr. anche ‹retro› Capitolo 3, Sezione 2 II 138 ss.

42. Sopra tutto chiaramente in Roth *Benefizialwesen*: 18 ss, 29-30, 32.

della monarchia in poi, erano obbligati in maniera uguale alla fedeltà nei confronti del Re,... che il possesso dei beni della Corona non comportava altri doveri superiori a quelli che erano una conseguenza dell'associazione generale dei sudditi, che il dovere di obbedire all'ordine del Re per le spedizioni militari riguardava tutti i liberi senza differenza di ceto e di nazionalità eccetera ».[43] L'opposizione nazional-politica si dimostra in ciò ancora una volta come la vera forza stimolante. A proposito della costituzione dell'epoca germanica, dice Roth che le popolazioni tedesche non solo tendevano allo Stato ma erano dotate « anzi di un sistema comunitario molto meglio ordinato di tutti i popoli vecchi e nuovi allo stesso livello di cultura ».[44] E la questione della « distruzione del potere regio » per mezzo del sistema feudale si identifica con la questione delle ragioni per cui un popolo potente « in una graduale agonia di 400 anni perde ciò che i diligenti predecessori avevano conquistato », dilaniandosi da sè in « guerre civili » (!) finchè « decade dalla posizione dominante al vertice del mondo civile, per ridurre il paese ad una generale arena europea ».[45] Ciò costituisce il riscontro di storia del diritto alla posizione di Heinrich von Sybel nella contrapposizione con Julius Ficker intorno alla politica imperiale del Medioevo; Roth ha decisamente combattuto la teoria di Ficker sul carattere organico-federalistico del pensiero feudale germanico.[46]

Questo è l'ambito all'interno del quale si muovono le ricerche storico-costituzionali di Roth; in questa sede non ci si deve intrattenere più oltre sui singoli risultati. Bisogna tuttavia sottolineare che il deciso impegno nazional-politico e l'obbligazione nei confronti del moderno pensiero statale, orientato in senso francese, che si mostrano in Roth, non possono essere considerati semplicemente come il segno di una ricerca carente sul piano del metodo. Per acutezza di problematica critica e per intensità di sensibilità interpretativa, Roth non è secondo a nessuno; anch'egli indaga sul « significato tecnico », sullo specifico valore che i concetti contenuti nelle fonti ebbero al loro tempo.[47] Ed egli pretende soltanto che la sua interpretazione degli antichi rapporti costituzionali sia altrettanto p o s s i b i l e di quella dei suoi avversari.[48]

Se Roth giunge ai risultati qui descritti, molto lontani dalla realtà storica, ciò dipende, oltre che dalla sua posizione problematica e polemica nazional-politica, anche dal procedimento metodologico che egli impiega; in ciò egli è diventato il modello di una intera generazione che considerava il suo « modo di trattare [le fonti storiche] in senso specificamente giuridico » come un pro-

43. Roth *Benefizialwesen*: 108.
44. Roth *Benefizialwesen*: 31.
45. Roth *Feudalität*: 3.
46. Cfr. Roth *Feudalität*: 16 ss.
47. Come esempi: Roth *Benefizialwesen*: 204-210, 368-374, 404-416; Roth *Feudalität*: 39-46, 84-96, 139-149, 267-278.
48. Roth *Benefizialwesen*: Prefazione x.

gresso ed una conquista.[49] Roth trasferisce il metodo dell'argomentazione sistematica e dell'interpretazione giuridica alle fonti storiche. Il quadro complessivo è stabilito fin dal principio, esso viene documentato sulla base delle fonti ed è sostenuto per mezzo di distinzioni giuridiche, esattamente come una prova giuridica o una decisione giudiziaria viene fondata su norme di legge e tende ad una conclusione giuridica. Ne consegue che si individua ciò che di propriamente giuridico vi era nelle condizioni passate, non già che si descrivono gli avvenimenti storici come tali. Roth non era il solo ad usare un simile procedimento; egli soddisfaceva solo un'esigenza che la contemporanea giurisprudenza, avviata sul cammino della concettualità astratta, proclamava manifestamente per la ricerca di storia del diritto.[50] Alla storia del diritto ‹recettiva› doveva ora aggiungersi quella ‹produttiva›, affermava Rudolf von Ihering nell'anno 1857. Il valore delle rappresentazioni e delle scoperte non va più stabilito in base alla loro aderenza alle fonti, ma proprio alla loro ‹non aderenza alle fonti›, poichè si giunge a descrivere ed esporre in termini concettuali ciò che è astratto, giuridico, ciò che sta dietro alla completezza storico-giuridica.[51] È d'altra parte evidente che una tale considerazione giuridica del passato potesse avere successo solo grazie ai concetti moderni, cioè veramente giuridici.

In tal modo anche la ricerca dei contenuti concettuali tecnici nelle fonti, della quale Roth si occupa tanto, acquista il suo carattere specifico. Roth resta legato ad una economia concettuale ben definita, che è desunta in modo del tutto non problematico dal moderno diritto statale e dal sistema del diritto delle Pandette, come l'aveva elaborato la scienza giuridica del XIX secolo. Conseguentemente, in modo peculiare, la sua capacità interpretativa non trova modo di applicarsi alle alternative di legge unitaria, generale e di contratto libero, risolvibile, di rapporto giusstatalistico di sudditanza e di rapporto di vassallaggio, personale e di diritto privato, di signoria statale e patrimoniale, di piena proprietà e di diritto reale limitato di usufrutto, di diritti personali e reali e simili.[52]

49. Cfr. ad esempio K. VON AMIRA nel suo necrologio a Sohm, in «*Jahrbuch der Königlichen Bayerischen Akademie der Wissenschaften*» (1918) 84-86; H. BRUNNER *Deutsche Rechtsgeschichte* cit., I 3-4; G. VON BELOW *Der deutsche Staat des Mittelalters* cit., 108.

50. In particolare W. WILHELM *Zur juristischen Methodenlehre des 19. Jahrhunderts* (Frankfurt 1958) 102-112. Per C. F. von Gerber si trattava, a questo riguardo, di ricercare, nella «totalità del ripetersi senza fine» del materiale storico, i «principî reali di diritto» ed i pensieri giuridici di «validità generale»: cfr. C. F. VON GERBER *System des deutschen Privatrechts* XVIII, citato in W. WILHELM *Zur juristischen Methodenlehre* cit., 103.

51. R. VON IHERING *Unsere Aufgabe*, scritto programmatico ai «*Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*», ora in R. VON IHERING *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* I (Jena 1881) 4-5.

52. Cfr. in particolare: per l'alternativa signoria statale-privata: ROTH *Benefizialwesen*: 356, ROTH *Feudalität*: 231, 245-246; per l'alternativa suddito-vassallo: ROTH *Benefizialwesen*:

La dipendenza storico-politica di questi concetti non è più viva: essi vengono impiegati come categorie generali della conoscenza storico-giuridica.

II.

1. Ciò che si annuncia qui nel procedimento metodologico di Roth non è una apparizione singola, ma si situa in un contesto spirituale generale. I concetti e le distinzioni che vengono elaborati sulla base della realtà dello Stato moderno e della separazione di Stato e Società, sono pienamente spogliati di ogni loro dipendenza storica ed acquistano il carattere di categorie generali, che servono particolarmente alla descrizione della vita sociale degli uomini e dei loro ordinamenti. Questo sviluppo non si limita alla scienza giuridica, ma si svolge parallelamente anche in altre discipline; esso è strettamente legato alle condizioni di origine delle singole scienze ormai autonome.[53] In Hegel la separazione di Stato e Società come processo storico e l'origine storica dei concetti relativi è ancora consapevole; il tratto caratteristico del mondo moderno risiede per lui proprio nel fatto che in esso si compie la frattura di Stato e Società ed in tal modo giungono a realizzazione da una parte il libero individuo nella sua soggettività e dall'altra la sostanziale generalità e l'ordinamento superiore dello Stato e vengono abbandonate le forme dello « Stato solo sostanziale » degli antichi e del puro particolarismo proprio dell'ordinamento feudale.[54] Ma già in Lorenz von Stein, formatosi nell'ambito del pensiero hegeliano, ed anche più tardi in Rudolf von Gneist,[55] questi concetti diventano categorie sopra-storiche, a-temporali: Stato e Società appaiono « come gli elementi vitali di ogni comunità umana ». L'intera storia sociale e costituzionale viene descritta come un progressivo processo dialettico di questi due momenti, nella successione di società patriarcale, cetuale e statuale-civile; al posto della loro derivazione storica interviene il fondamento antropologico

290-292, 370 ss, 378 ss, Roth *Feudalität*: 218-224; per la libera proprietà: Roth *Benefizialwesen*: 75-78, 210 ss, 224 ss, 235-240, Roth *Feudalität*: 40 ss, 139-144; per l'alternativa diritti e doveri personali-reali: Roth *Benefizialwesen*: 406 (sul dovere militare « puramente personale »), Roth *Feudalität*: 322-332 (contro Waitz); contro le tesi di Eichhorn sull'esercito di seguito cfr. Roth *Benefizialwesen*: 188-192.

53. Questo argomento è stato approfondito da O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., 129-134, *Neue Wege der Sozialgeschichte* cit., 171-177, e *Inneres Gefüge des Abendlandes*, in *Historia Mundi* VI (Bern 1958) 319-385.

54. G. W. F. Hegel *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Stuttgart 1952^{3}) § 182 con Supplemento a pagina 262, § 185 alle pagine 265-266, § 260 con Supplemento a pagina 338, § 273 alle pagine 371-372; J. Ritter *Hegel und die französische Revolution* (Köln-Opladen 1957).

55. Su Gneist e la sua relazione con Lorenz von Stein cfr. E. W. Böckenförde *Gesetz* cit., § 19 I, pagine 158 ss.

sulla base della comune natura umana.[56] Non altrimenti accade in Karl Marx: è vero che nei suoi scritti giovanili egli scorge ancora il processo storico della emancipazione politica verso la Società borghese e lo Stato moderno, anche se lo descrive semplicemente per mezzo dei concetti di Stato e Società;[57] ma nella sua teoria egli pone poi a fondamento questa Società borghese, scomposta negli « elementi naturali » dell'uomo, come la generale Società u m a n a e fa della sua struttura la base astratta di tutte le forme di ordinamento storico-politiche che si costituiscono secondo i rapporti di produzione dominanti in questo tipo di società.[58]

Tale trasformazione di concetti, sorti e collocati storicamente in categorie sopra-storiche e in schemi generali di ordinamento, è qualcosa di diverso dalla descrizione ed interpretazione delle condizioni del passato per mezzo delle istituzioni e dei concetti contemporanei, che abbiamo incontrato finora: qui viene alla ribalta un nuovo tipo di pensiero sistematico, che muta nella sostanza la stessa ricerca storica. È una tarda vittoria, inavvertita dai contemporanei, del pensiero giusrazionalistico e del razionalismo cartesiano. Infatti, ricondurre tutte le costruzioni umane e storiche alle loro « ragioni ultime », scomponendole poi negli ultimi, indivisibili elementi, come accadeva già in Hobbes e Descartes e come fu fatto ulteriormente a partire dal XVIII secolo, condusse necessariamente ad una natura umana astratta, sopra-storica, dalla quale tutte queste costruzioni derivavano in modo genetico-causale e « secondo ragione ».[59] I concetti e le istituzioni pertinenti alla ‹natura› acquistarono così carattere sopra-storico: essi esistevano, come la natura stessa, p r i m a della storia e d'altra parte condizionavano lo sviluppo storico. In tal modo i concetti elementari della teoria sociale di diritto razionale, come Stato, Società, Diritto, libero contratto, legge generale (imposta), proprietà (privata), eguaglianza e libertà civile poterono e dovettero diventare, in modo quasi automatico, con-

56. È fondamentale l'Introduzione al I volume di L. von Stein *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage* (1850), in L. von Stein *Der Begriff der Gesellschaft und die Gesetze ihrer Bewegung*. Ausgabe Salomon (Neudruck: Darmstadt 1959) 11-139, sopra tutto 13-46; inoltre dello stesso *Die Verwaltungslehre* I (1865) 1 ss. La storia come successione di società patriarcale, cetuale e civile-statale, in L. von Stein *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaften Deutschlands* (Stuttgart 1878) 147-290.

57. Cfr. il primo saggio sulla questione ebraica tratto dagli « *Hallische Jahrbücher* » (1843-1844), ora in K. Marx *Die Frühschriften*. Herausgegebene von S. Landshut (Stuttgart 1953) 196-198.

58. Cfr. ad esempio K. Marx - F. Engels *Die deutsche Ideologie* (Berlin 1953) 24-33, sopra tutto 30 e 33. Anche Engels pensa sulla base di questo modello: cfr. dello stesso *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats,* in K. Marx - F. Engels *Ausgewählte Schriften* II (Berlin 1958) 234, sui lavori storici di G. L. von Maurer.

59. Su ciò E. Cassirer *Die Philosophie der Aufklärung* cit., 339-340; H. Welzel *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (Göttingen 1951) 110 ss; sempre rappresentativo T. Hobbes *De cive* « Praefatio ad lectores ».

cetti categoriali, atemporali. Essi traevano la loro evidenza dal fondamento antropologico: infatti proprio l'astratta antropologia sopra-storica divenne la vera scienza fondamentale del secolo.[60]

In tal modo è del tutto venuta meno la storicità come vero e proprio modo dell'accadere, ed anche la storia come criterio di misura per la formazione del presente non è più decisiva. La storia si fa astratta, diventa oggetto di una scienza particolare e si tratta di ordinare, classificare e ridurre a complesso unitario la molteplicità degli avvenimenti storici nella loro aderenza ad una legge o accidentalità, secondo la misura offerta dai concetti generali, categoriali e all'interno dell'ambito determinato da essi. « Nella scienza noi siamo storici, nell'attività pratica di legislatori invece siamo rivoluzionari »: con queste parole Rudolf Sohm ha formulato, con l'acutezza che gli è propria, questo nuovo atteggiamento verso la storia, rendendo così pienamente manifesta la profonda a-storicità del suo tempo.[61]

Questo tipo di considerazioni doveva rendere del tutto necessario infine, sulla base della storia costituzionale e del diritto, un diritto statale e un diritto privato retrospettivi. La « svolta che ha fatto epoca », che Gierke aveva riconosciuto negli scritti di Roth,[62] trova in questo sviluppo la sua naturale prosecuzione. Essa fu rafforzata e in certo modo stimolata dalla « trattazione giuridica » della storia costituzionale, iniziata con Roth.[63] Infatti il pensiero giuridico, che aveva acquistato un influsso preponderante sulla ricerca storico-costituzionale, era diventato per parte sua astratto, concettuale e puramente dogmatico: certamente, non da ultimo, come risultato del punto di partenza della ‹Scuola storica del diritto›.[64] L'eredità giusrazionalistica si dimostrò anche qui, in conclusione, come la forza principale e si legò con il sopravveniente positivismo. La scienza del diritto divenne una scienza normativa, ‹pura›, il

60. Ciò era la conseguenza del fatto che tutti gli ordinamenti storici avevano ora bisogno, per il loro compimento giuridico, di essere fondati nella natura umana. Già Lorenz von Stein fa derivare Stato e Società da istanze contenute nella natura umana ed ugualmente Rudolf von Gneist parla delle istanze statali e societarie innate negli uomini. L'uomo viene « naturalmente » diviso in una natura sociale, in una politica, in una economica, in una istintuale, e fornisce in tal modo la ragione giustificativa delle corrispondenti discipline.

61. R. Sohm *Fränkisches und römisches Recht. Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte*, in « *ZSSR*(G) » 1 (1880) 80. Che già questo termine si trovi proprio nell'articolo di apertura della « *ZSSR*(G) » è un sintomo di natura particolare.

62. Gierke: II 17, nota 4.

63. Vedi ‹retro› I 2, pagina 220.

64. Cfr. ‹retro› Capitolo 3, Sezione 1 II; F. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* cit., 232 ss, 239, 253; W. Wilhelm *Zur juristischen Methodenlehre* cit., 57-69, 75-87. La ragione di ciò dovrà essere ricercata nella rottura con la continuità storica, rottura sulla quale si costruisce il « pensiero storico » della ‹Scuola storica del diritto›, e nell'isolamento del diritto dal contesto complessivo della vita sociale, che fu portato avanti per mezzo del pensiero organico dell'identità di Schelling. W. Wilhelm *Zur juristischen Methodenlehre*, rimane fermo ad una pura e semplice descrizione del processo, senza alcun tentativo di spiegazione e di collocazione storica.

cui materiale era costituito solo dalle norme positive di diritto, che si trattava di ordinare, di spiegare e di sussumere sotto concetti giuridici generali. Punto angolare di ogni costruzione ed interpretazione giuridica divennero così i « concetti giuridici generali » che venivano intesi — sotto l'influsso del concetto di realtà proprio delle scienze naturali — come « corpi di diritto » autonomi, come realtà partecipi di una esistenza logica dotata di leggi proprie.[65] « Tratto peculiare di ogni concreta costruzione giuridica è solo l'impiego concreto e il legame con la realtà dei concetti giuridici generali » si legge in Paul Laband, il principale rappresentante del positivismo giuspubblicistico, e Rudolf von Iehring la pensava, nel suo periodo giuridico-concettuale, in maniera del tutto identica.[66] La trattazione ‹giuridica› della storia costituzionale significava in tal modo trattazione formalistico-concettuale, sotto un aspetto sistematico. Gli avvenimenti storici dovevano venire descritti e giudicati come concetti che si erano sviluppati fino a diventare entità generali dotate di esistenza quasi categoriale. Si comprende poi da sè, sulla base del punto di partenza, che fra questi concetti andassero annoverati anche quei concetti elementari della teoria sociale giusrazionalistica la cui generalizzazione storicamente risaliva ad altre ragioni.

In tal modo era predeterminato il cammino sul quale tanto il momento nazionale e politico, che in Roth era ancora presente, come anche il manifesto o sottinteso riferimento alla assiomatica del giusrazionalismo, poterono perdere importanza come espressioni della considerazione specificamente statale della storia costituzionale. Al loro posto potè imporsi un impiego del tutto sproblematicizzato e legittimato solo sul piano scientifico-metodologico dei moderni concetti e distinzioni del diritto statale, nella misura in cui ciò corrispondeva alla natura del positivismo giuridico e storico.

2. In questo sviluppo Rudolf Sohm occupa una posizione degna di particolare nota, anche se, allo stesso tempo, individuale. Egli si mantiene nell'ambito della considerazione giuridico-concettuale della storia costituzionale e contribuisce a portarla alla sua più piena espressione.[67] Ma ciò non dipen-

65. Su ciò F. WIEACKER *Privatrechtsgeschichte* cit., 253; E. W. BÖCKENFÖRDE *Gesetz* cit.' § 26, pagine 212 ss, 217-218. Sull'acquisizione di questi concetti e sul processo metodologico della loro assolutizzazione lo studio più approfondito è stato compiuto da G. BÖHMER *Grundlagen der bürgerlichen Ordnung*. II 1: *Die dogmengeschichtlichen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (Tübingen 1951) 72-75.

66. P. LABAND *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* I (Tübingen 1876) Prefazione; R. VON IHERING *Geist des römischen Rechts etc.* II 2 (1875³) 365-366. Per la derivazione storica cfr. W. WILHELM *Zur Methodenlehre* cit., 102-120, 129 ss.

67. H. FEHR *Rudolf Sohm*, in « *ZSSR(G)* » 38 (1917) LIX, e K. VON AMIRA *Rudolf Sohm* cit., 84-86, provano in modo molto convincente l'importanza del pensiero concettuale per le ricerche storiche di Sohm. In Amira si legge, a pagina 86: « La sua implacabilità nella costruzione concettuale servì a rendere di dominio comune che la storia del diritto non è semplice storia, ma

de (ancora) dal tecnicismo funzionale e dal vuoto spirituale del positivismo giuridico, bensì riposa sull'eredità, efficace anche se inespressa, della teoria statale del giusrazionalismo, sopra tutto di Hobbes e Kant.[68]

Da principio Sohm si trova completamente nella tradizione di Paul von Roth, il suo Maestro. La *Geschichte des Benefizialwesens* di quest'ultimo aveva prodotto su di lui « un'impressione inestinguibile »: ancora giovane dottore egli era andato a Monaco per assistere alle sue lezioni.[69] La sua *Geschichte der fränkischen Reichs- und Gerichtsverfassung*, apparsa nel 1870, venne pensata come studio collaterale al *Benefizialwesen* di Roth. Come questo, per la costituzione militare, così Sohm, per la costituzione giudiziaria, volle dimostrare che già nell'antico diritto tedesco avevano trovato realizzazione il concetto (monistico-istituzionale) di Stato ed il potere statale unitario.[70] Gli avversari reali contro i quali egli combatte non sono più gli storici francesi ma Gierke e Maurer, le cui opere erano apparse nel frattempo.[71] Costoro — Gierke in modo più deciso di Maurer — avevano negato carattere statale (nel senso del moderno concetto di Stato) alla costituzione tacitiana e merovingio-franca ed avevano presentato un quadro signorile comunitario.[72] Inoltre Sohm riconosce dietro le tesi di Gierke la teoria consociativa di quest'ultimo, che in base al suo concetto di Stato significava sopra tutto la messa in discussione dello Stato medesimo. Per Gierke lo Stato non è l'opposto, ma un caso di applicazione della comunità, il potere statuale non è quello che regge il potere comunitario, ma è esso stesso potere comunitario.[73] Ma ciò per Sohm significava la sostituzione della « costituzione pubblica » con la « costituzione corporativa » e del « diritto in senso giuridico » con il diritto autonomo, improprio.[74]

A ciò egli contrappone la tesi che anche l'antico Stato tedesco fosse « uno Stato nel senso moderno » e che, come il concetto di proprietà, così anche « il concetto di Stato si è instaurato come tale con lo sviluppo del diritto ».[75]

Questa tesi mostra che nonostante qualsiasi legame esterno con Roth, per Sohm la posizione nazional-politica non è più decisiva: egli pensa anche come

anche giurisprudenza, cioè che non è possibile alcuna storia del diritto senza pensiero giuridico, con quegli acuti concetti per mezzo dei quali la scienza si sottomette al mondo dei principî giuridici ».

68. Ciò contro l'opera, per il resto ampiamente accettabile, di G. KRAUSS *Der Rechtsbegriff des Rechts* (Hamburg 1936), la quale tenta di spiegare Sohm al di fuori del funzionalismo e del tecnicismo del pensiero giuridico positivistico.

69. H. FEHR *Rudolf Sohm* cit., LXIII.

70. R. SOHM *Die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung*. Neudruck der Ausgabe 1871 (Leipzig 1911) Prefazione VII-VIII e XIII.

71. SOHM *Ibid.* IX-X. In parte la polemica si rivolge anche a Georg Waitz: cfr. SOHM *Ibid.*

72. Cfr. ‹retro› Capitolo 3, Sezione 4 II e 3 II.

73. R. SOHM *Die fränkische* cit., Prefazione X.

74. SOHM *Ibid.* XI-XII.

75. SOHM *Ibid.* XII.

storico, in modo del tutto concettuale e sistematico, anche come storico egli resta giurista. La storia del diritto significa per lui rappresentazione giuridico-concettuale del diritto passato, fosse esso diritto statale o privato; il concetto giuridico in senso proprio, sistematico, viene con ciò posto a fondamento fin dall'inizio anche di tutto il passato.[76] La storia del diritto può e deve descrivere, attraverso un'analisi concettuale e costruttiva, il diritto passato in modo più chiaro e profondo di quanto i contemporanei stessi e la loro occulta legalità riescano a fare.[77] « Si tratta di scalare una vetta sulla quale in precedenza ancora nessuno si era attestato, e da là guardare nell'occulto con lo sguardo dei profeti... ».[78] Che tutto ciò debba derivare come conseguenza dell'impiego dei concetti e delle distinzioni relative al diritto presupposto, si comprende per Sohm da sè. I concetti e le distinzioni relative allo Stato moderno sovrano ed istituzionale hanno per lui il significato di schemi di ordinamento generali, impiegabili senza distinzioni.

Ma qual è il fondamento spirituale sul quale si sviluppa questa concezione della storia costituzionale? In base a quel che si è detto è facile ricercarlo nel pensiero giuridico tecnico, neutrale e funzionale del positivismo giuridico. Si è anche cercato di determinare ciò in maniera molto acuta.[79] Ma già la sua poderosa produzione di diritto ecclesiastico, che ancora oggi giace sul cammino della teologia delle due Confessioni quasi come un grezzo masso erratico, doveva richiamare alla cautela contro la collocazione di Sohm nel positivismo. In tal modo non ci si è avvicinati al nucleo della sua posizione.

Per Sohm lo ‹status naturalis› della teoria dello Stato giusrazionalistica è il punto di partenza concettuale e storico-concreto dell'ordinamento interumano.[80] Il diritto appare come la norma etica delle relazioni di potere, cioè come la regolamentazione delle sfere di volontà individuali, intese come sfere di potere, in relazione fra di loro: esso procura la « liberazione del volere attraverso la provocazione della reciproca lotta fra le diverse volontà umane ».[81]

76. R. SOHM *Von der deutschen Rechtswissenschaft* (Strassburg 1884) 43-46 (discorso di rettorato).

77. SOHM *Ibid.* 43-44; R. SOHM *Die fränkische* cit., Prefazione XVI-XVII. In tal modo Sohm si situa nella tradizione di Ihering, che già nel 1857 aveva fatto analoghe osservazioni. Cfr. di quest'ultimo il saggio di apertura agli « *Iherings Jahrbücher* », in R. VON IHERING *Gesammelte Aufsätze* cit., I 1 ss.

78. R. SOHM *Von der Rechtswissenschaft* cit., 45.

79. G. KRAUSS *Der Rechtsbegriff* cit., *passim*, sopra tutto 11-24, con particolare riferimento al ‹concetto giuridico del diritto› di Sohm (su ciò ancora ‹infra› nel testo). Analogamente — in accordo con Krauss — O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 170-171.

80. R. SOHM *Das Verhältnis von Staat und Kirche aus dem Begriff von Staat und Kirche entwickelt* (Tübingen 1873) 11-13. In G. KRAUSS *Der Rechtsbegriff* cit., ciò viene bensì citato, ma senza che ne vengano tratte conseguenze quanto alla collocazione spirituale del concetto di diritto di Sohm.

81. R. SOHM *Das Verhältnis* cit., 11. Il principio kantiano è qui evidente.

Lo stesso diritto fonda il presupposto per la realizzazione della norma spirituale nel senso della libera subordinazione al volere divino. Su questa base esso è infine, nel suo contenuto, come tale indifferente e neutrale nei confronti della religione e del mondo dello spirito, ai quali è di molto maggiore giovamento quando svolge la sua funzione di ordine attraverso la regolamentazione delle relazioni di potere, proprio al fine di rendere libere religione e spiritualità.[82]

Questo concetto giuridico volontaristico e formale, è, nella sua essenza, concepito completamente sulla base del moderno Stato sovrano, come sull'istanza necessaria di potere e di decisione che stabilisce autoritariamente la delimitazione delle sfere di volontà non unite fra loro. Lo Stato rappresenta « la forza sopra i rapporti di forza », instaurata dalla norma di legge, forza che realizza la regolamentazione di quei rapporti e, di conseguenza, impone la stessa norma di diritto.[83] Le esigenze della vita giuridica « producono » da sè lo Stato come il potere supremo, sovrano;[84] da ciò discende la conseguenza che il diritto nel suo senso proprio, cioè in senso giuridico, può essere solo diritto statale. Un diritto autonomo e concordato non fonda nessuna regolamentazione dei rapporti di forza, ma li presuppone, ed è possibile solo all'interno di rapporti già regolati, cioè all'interno dell'ordinamento generale e di pace garantito statualmente.[85] « Concetto giuridico del diritto » e « diritto nel senso del diritto » non sono dunque vuote tautologie o indici di una neutralità priva di sostanza, ma formule di difesa contro la teoria giuridica comunitaria, la cui premessa era costituita dall'espressione « ubi societas ibi jus » e che doveva portare alla scomparsa, in confronto ad altre costruzioni giuridiche, del carattere specifico di un diritto divenuto strumento di assicurazione esterna di pace e legalità statale.[86]

Allorchè Sohm pone dunque il suo concetto di diritto, definito sulla base dello Stato sovrano, come generale, come puro e semplice concetto giuridico, anche lo Stato moderno, in quanto necessariamente presupposto dal concetto di diritto, deve acquistare carattere aprioristico ed esistere di per sè insieme allo stesso concetto di diritto: « il concetto di Stato deriva dal concetto di diritto ».[87] Da ciò discende un'intera impalcatura di concetti e distinzioni ‹sta-

82. SOHM *Ibid.* 11-13. Caratteristica a questo proposito è anche l'affermazione di Sohm, secondo la quale « il diritto [sarebbe] un miscredente »: citata da O. BRUNNER *Vom Gottesgnadentum* cit., 304.

83. R. SOHM *Das Verhältnis* cit., 13-15.

84. SOHM *Ibid.* 16-17.

85. Questa tesi è espressamente presente — seppure in un contesto d'impostazione leggermente modificato — in R. SOHM *Weltliches und geistliches Recht*, in *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Karl Binding* (München-Leipzig 1914) 5 ss.

86. Ciò contro G. KRAUSS *Der Rechtsbegriff* cit., 16-17 e 56 ss. In quest'opera il problema della storicità del diritto è presentato in modo tale che abbisognerebbe urgentemente di una trattazione più approfondita.

87. R. SOHM *Die fränkische* cit., Prefazione XV; *Das Verhältnis* cit., 9-10.

tali», che vengono posti, allo stesso modo dei concetti di Stato e di Diritto, a fondamento di ogni ricerca storico-giuridica e devono determinarne la problematica. La considerazione concettuale costruttiva della storia costituzionale di Sohm ha dunque il suo fondamento spirituale in una teoria dello sviluppo e dell'origine dello Stato moderno, intesa in senso universale, come era stata per la prima volta pensata da Hobbes, ed elaborata eticamente da Kant.

Ma com'è giunto Sohm a questa teoria? È improbabile che egli abbia conosciuto le opere di Hobbes: il nome di Hobbes non viene mai fatto nei suoi scritti.[88] È più facile che egli abbia semplicemente ricondotto al suo fondamento la realtà politico-sociale del tempo, che egli individuò con sorprendente acutezza,[89] che abbia poi elevato questo fondamento a teoria ed abbia ordinato in base ad esso gli avvenimenti storici inquadrandoli poi in un sistema. Ciò corrisponderebbe anche al suo pensiero giuridico concettuale. Sohm proveniva da una situazione di tipo ancora cetuale, com'era quella del Meclenburgo, aveva studiato a Rostock[90] e si era trovato di fronte, nella Lega nordtedesca e sopra tutto nell'Impero di Bismarck, ad una realtà per la quale da una parte lo Stato istituzionale sovrano, dall'altra la Società economica borghese liberale, basata sulla lotta degli interessi, erano o stavano diventando i fondamenti dell'ordinamento. Ricondurre questa realtà al suo principio significava tuttavia sistemare sul piano concettuale ciò che nella teoria di Hobbes era già stato pensato come modello dello Stato moderno. La dipendenza dal proprio tempo conduce così, con Sohm, a svincolarsi da esso e ad elevarsi sopra la storia.

Ciò permette di riconoscere ancora più esattamente la considerazione che della storia ha Sohm. La storia costituzionale diviene storia dello sviluppo di Diritto e Stato: essa ha per scopo di seguire il modo in cui una sostanza preesistente si realizza in forme diverse, ora più ricche, ora più povere. Le problematiche di principio permangono identiche per l'intera storia costituzionale. La differenza tra lo Stato medioevale e lo Stato moderno, vista in tal modo, sta solo nel fatto che lo Stato medioevale si limita puramente al compito sostanziale dello Stato, specificamente all'applicazione della norma giuridica, come regolamentazione dei rapporti di forza: lo Stato moderno, al contrario, si assume oltre a ciò la cura degli interessi culturali, che non sono essenziali al concetto, ma ne discendono.[91] Perfino parallele ed ulteriori uguaglianze tra epoche diverse non sono dunque nulla di straordinario. L'emanazione dei Capitolari

88. La conoscenza dei lavori di Hobbes in Germania data inoltre solo dal libro di F. Tönnies *Thomas Hobbes, Leben und Lehre* (Stuttgart 1925³) apparso per la prima volta nel 1896.

89. Ciò appare sopra tutto nell'operetta di R. Sohm *Die sozialen Aufgaben des modernen Staates* (Leipzig 1898) dove sono individuati e riconosciuti nel loro contesto storico sostanzialmente tutti i problemi del declinante XIX secolo: l'emancipazione della classe operaia, la Monarchia sociale, il passaggio all'industrializzazione e ad un'economia mondiale.

90. Cfr. H. Fehr *Rudolf Sohm* cit., LXII-LXIII.

91. R. Sohm *Das Verhältnis* cit., 15-16; *Die fränkische* cit., Prefazione XIII-XV.

di Carlo Magno appare a Sohm, in modo del tutto naturale, come un primitivo parallelo della legislazione successiva al 1871.

I Capitolari costituiscono, scrive Sohm nell'anno 1870, « considerati nel loro complesso, una legge costituzionale del Tribunale imperiale, un codice penale dell'Impero, un codice processuale dell'Impero... ». « In tutti i tempi in cui il pensiero giuridico era vivo, l'unità imperiale ha per prima cosa portato con sè l'unità del diritto penale e processuale ».[92] Il momento nazional-politico come fondamento della problematica storico-costituzionale e il senso politico-concreto dell'impiego dei moderni concetti di diritto statale — che per Roth erano decisivi accanto e nella sua trattazione giuridica della storia costituzionale — vengono introdotti per mezzo della problematica e dell'argomentazione, sulla base di una teoria astratta, situata al di fuori della storia, di Diritto e Stato, dalla quale poi discende il quadro complessivo già indicato.[93]

Da questo punto di partenza metodologico e fattuale, è innegabile ed evidente per Sohm la costruzione puramente statale della costituzione germanica e franca, l'applicazione indifferenziata dei concetti e delle distinzioni improntati allo Stato moderno ai termini usati nelle fonti[94] e l'introduzione delle grandi contrapposizioni e distinzioni, relative allo Stato moderno, come pubblico-privato, diritto nazionale (consuetudinario) - diritto d'ufficio (posto dallo Stato) potere autonomo del signore - potere subalterno dei funzionari, creazione de, diritto - applicazione del diritto, giurisdizione - amministrazione.[95]

Già per il sistema comunitario tacitiano egli parla di sovranità, di titolare del potere statale e di forma statale repubblicana.[96] L'antica costituzione im-

92. R. SOHM *Fränkisches und römisches Recht* cit., 10. Il ‹*Reichsstrafgesetzbuch*› fu promulgato nel 1871, le ‹*Reichsjustizgesetze*› nel 1877, il ‹*Bürgerliche Gesetzbuch*› entrò invece in vigore solo nel 1900.

93. Qui si instaura un parallelo che forse può offrire ancora un fondamento più solido per la considerazione storica propria di Sohm. Nel secondo volume del suo *Kirchenrecht* (al § 14) Sohm svolge una violenta critica alla *Kirchenrechtsgeschichte* di Ulrich STUTZ, sostenendo che questi ha articolato e svolto la storia del diritto ecclesiastico solo sulla base di criteri dedotti dall'esterno, invece che sulla base di criteri evinti dal principio interno di ordine della Chiesa stessa. Con riguardo ad una storia del diritto ecclesiastico questa critica è comprensibile, poichè con la Chiesa si tratta di una fondazione divina, che porta in sè fin dall'inizio la sua essenza e che nella storia semplicemente si svolge. Ora manifestamente Sohm sviluppa la storia costituzionale in modo analogo alla storia del diritto ecclesiastico in base a concetti e suddivisioni che sono dedotti dal principio di ordine interno dello Stato, il quale a sua volta è considerato in parallelo con la Chiesa come fondazione mondana dotata di una sostanza esistente fin dall'inizio, ed in tal modo si spiega anche la sua meta-storicità.

94. Particolarmente anche del concetto neutrale di diritto, orientato nel senso della sovranità e legalità statale, il quale si pone in contrapposizione decisiva con il diritto di persuasione del Medioevo: cfr. anche O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 150-165.

95. Esse sono presenti in R. SOHM *Die fränkische* cit., dalla prima all'ultima pagina: per questa ragione sono superflue citazioni specifiche.

96. R. SOHM *Die fränkische* cit., 1-8.

periale e giudiziaria tedesca, che egli vuole descrivere, diventa diritto statale o diritto costituzionale giudiziario retrospettivo dell'epoca germanica, merovingia e carolingia.[97] La ‹*Lex Salica*› viene interpretata come una legge costituzionale della stirpe franco-salica;[98] il diritto statale del Regno merovingio-franco viene definito dalla contrapposizione, da una parte di diritto nazionale e potere d'ufficio, dall'altra di costituzione statale e costituzione comunale. Il Re ha, negli affari di governo, soltanto il potere coercitivo, ma nessun potere legislativo.[99] La comunità locale è al di fuori dell'associazione statale e del diritto statale, allo stesso modo come, nel XIX secolo, essa incarna la sfera dell'autonomia: « non vi è alcuna costituzione di comunità locali in forza del diritto imperiale », lo Stato termina di fronte alla ‹centena›.[100] L'impero carolingio — nel quale il « potere statale [era diventato] il primo fattore dell'intero sviluppo giuridico »[101] — appare infine proprio come compimento di una statualità organizzata e centralizzata. Al posto della democrazia tacitiana vi è... una monarchia sovrana, i cui limiti non sono dati da fattori ad essa relativi, bensì esclusivamente dal contenuto del potere statale.[102] È la difesa della « forza costruttrice dello Stato » delle stirpi tedesche nei confronti della « storia mondiale ».[103]

In tal modo l'opera di Sohm non può non avere un accentuato carattere ‹a tesi›. Spesso Sohm argomenta « senza curarsi di addurre le prove » come Gierke ha detto acutamente,[104] supplisce al lavoro sulle fonti per mezzo di un'elegante costruzione giuridica o di un rimando al secondo volume (che non ha scritto).[105] Le fonti sono per lui, in modo molto più decisivo che per Roth, invece di strumenti di conoscenza per una realtà da esse deducibile, strumenti di conferma per un modello di ordinamento sistematico astratto preesistente, sotto il quale viene assunta la storia. Non è perciò a caso che Sohm, accanto all'abbozzo dell'epoca germanica, si occupa in particolare solo della costituzione merovingia e carolingia, per le quali egli ha davanti a sè, nelle Leggi nazionali e nei Capitolari, un materiale di fonti che, come si è già più volte mostrato, in presenza di una problematica e di concetti corrispondenti, dà spazio ad una interpretazione ‹statuale›. Sohm avrebbe però dovuto estendere questa interpretazione, nella prosecuzione del suo lavoro, anche alla costituzione medioevale, poichè, partendo dalle sue premesse, diversamente che per

97. Particolarmente tipica a questo riguardo è la sintesi dei risultati: SOHM *Ibid.* 538-544.
98. Cfr. la Sezione « Die Verfassung der ‹Lex Salica› », in SOHM *Ibid.* 38-101.
99. SOHM *Ibid.* 102-108, 132 ss.
100. SOHM *Ibid.* 230-233, la citazione si trova a pagina 232.
101. R. SOHM *Fränkisches und römisches Recht* cit., 6-7.
102. R. SOHM *Die fränkische Reichsverfassung* cit., 538.
103. R. SOHM *Fränkisches und römisches Recht* cit., 9.
104. GIERKE: II 17, nota 4.
105. Particolarmente chiaro in R. SOHM *Die fränkische Reichsverfassung* cit., 5 (nota 13), 7 (nota 19), 63 (nota 17), 64 (nota 21), 227 (nota 37), 233 (nota 60), 352 (nota 48).

Roth, il superamento dello Stato e l'instaurazione di un'anarchia feudale a-statuale non era fondamentalmente possibile. Per sostenere ciò sulla base dello Stato deducibile dalle fonti, avrebbe dovuto preliminarmente ridurre la realtà storica alla nuda fattualità degli avvenimenti, capace di acquistare ordine e struttura solo attraverso i concetti ad essa applicati da parte del soggetto pensante. Ciò accadeva nella dottrina metodologica dei neo-kantiani e di Max Weber,[106] ma in Sohm questa posizione non venne ancora raggiunta. La trattazione giuridico-concettuale della storia costituzionale derivava per lui non da una perdita di sostanza spirituale bensì da una teoria sistematico-concettuale che comprendeva in sè la storia nonostante la sua non-storicità.

3. Con l'avanzata ed il predominio del positivismo nella giurisprudenza e nella scienza storica una tale teoria sistematico-concettuale come fondamento spirituale dell'interpretazione e dell'argomentazione storica doveva divenire inutile e superflua. Diventava molto più importante liberare anche la ricerca storico-costituzionale da ogni ‹presupposto›, fondarla puramente su sè stessa cioè sul suo puro metodo immanente e così introdurla nell'ambito della pura scientificità. Sohm l'aveva già condotta dalla concreta dipendenza politica e storico-temporale alla neutralità di una teoria generale; ma ciò gli fu possibile, in rapporto al suo tempo, a prezzo di un sovraccarico spirituale e teoretico. Egli non poteva essere più di un punto di transizione ed infatti era già per i suoi tempi una figura anacronistica. I concetti giuridici generali con i quali ancora operavano la dogmatica giuridica e la ricerca storico-giuridica non avevano bisogno per il positivismo giuridico di nessuna legittimazione: essi si comprendevano da sè ed agivano come l'apparato metodologico della singola disciplina per il controllo della propria materia, strumenti paralleli ai numeri in matematica e alle regole grammaticali nella scienza del linguaggio;[107] il loro impiego costituiva la base comune delle singole discipline giuridiche.

Nella misura in cui la storia costituzionale, attraverso la sua ‹trattazione giuridica›, in via di affermazione con Roth, divenne storia del diritto o comunque sboccò in quest'ultima,[108] essa doveva trovare la sua collocazione come

106. Vedi ancora ‹infra› III 2.

107. Tipico in questo senso è P. LABAND *Das Staatsrecht* cit., I Prefazione, in cui viene affermato che la costruzione di un nuovo istituto giuridico che non possa essere subordinato ad un concetto giuridico generale superiore è « tanto impossibile quanto la scoperta di una nuova categoria logica o la nascita di una nuova forza naturale ». Inoltre G. JELLINEK *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (Tübingen 1905²) 17, e G. BÖHMER *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*. II 1: *Die dogmengeschichtlichen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (Tübingen 1951) 72-73.

108. Accanto a questa vi era un altro orientamento che si rivolgeva alla storia economica ed amministrativa per poi ritornare di nuovo, da lì, ad una storia costituzionale: esso è rappresentato da nomi come Roscher, G. Schmoller e Otto Hintze. Su ciò si veda F. HARTUNG *Zur Entwicklung* cit., 20 ss, che in questo orientamteno scorge la vera ricerca storico-costituzionale

disciplina speciale all'interno delle Facoltà giuridiche. Era dunque inevitabile che la sua logica e il suo metodo fossero determinati completamente dalla scienza del diritto, cioè a dire, in pratica, dalla scienza giuridica propria del positivismo giuridico del declinante XIX secolo.[109] Il processo che qui si svolge diventa specialmente manifesto nell'opera scientifica di Heinrich Brunner, sopra tutto nella sua grande *Deutsche Rechtsgeschichte*;[110] tale processo è particolarmente decisivo per la storia del diritto ‹giuridica›, che ha trovato i suoi principali rappresentanti, accanto ad Heinrich Brunner, in Karl von Amira, Richard Schröder, Ulrich Stutz e Claudius von Schwerin.[111]

La separazione della storia del diritto dalla storia politica e statale è per Heinrich Brunner l'espressione di un nuovo principio metodologico: attraverso l'eliminazione della storia politica, la storia del diritto ha trovato per lui « un principio scientifico unitario » ed è passata da una « posizione ibrida » nel « gruppo delle discipline giuridiche ».[112] Essa ha — finalmente — acquistato lo stesso fondamento metodologico di queste ultime ed opera come disciplina storica con la stessa riserva di concetti delle discipline sistematiche. I concetti e le distinzioni di Stato-Società, pubblico-privato, costituzione-amministrazione, legge-ordinanza, etc., più oltre la separazione della costituzione politica dalla sua soprastruttura economica sociale, il rigoroso isolamento delle sfere di società, economia, diritto, cultura, religione, la concezione dei ceti come classi social-cetuali della popolazione vengono (inconsapevolmente) elevati a parti costitutive di un fondamento dell'ordinamento sopra-storico, elaborato in termini metodologico-scientifici. Essi diventano perciò applicabili come strumenti generali d'ordine e criteri generali di interpretazione, cioè in particolare come fondamento di una ‹ricostruzione› storico-costituzionale.

La *Deutsche Rechtsgeschichte* di Brunner si basa completamente su questa metodologia. Per l'epoca germanica egli descrive, in una sequenza strettamente continuativa, dapprima la vita economica, l'occupazione di terre nell'Impero romano d'Occidente, la ‹casa›, la parentela e i ceti (paragrafi 10-14) come i

della seconda metà del secolo. Esso tuttavia non può essere trattato nel contesto del presente lavoro, anche se in ogni caso appartiene al quadro globale come un fattore di esso.

109. Ciò che O. BRUNNER *Land und Herrschaft* cit., 134 ss, 140-144, stabilisce empiricamente e spiega prevalentemente sulla base delle esigenze dell'indagine giuridica particolare, è dunque contemporaneamente la conseguenza di una situazione storico-scientifica.

110. H. BRUNNER *Deutsche Rechtsgeschichte etc.* 2 v (Leipzig 1887-1892). Il primo volume è apparso nella seconda edizione nel 1906; la seconda edizione del secondo volume apparve solo nel 1928, nella rielaborazione di Claudius von Schwerin.

111. L'autorità di questi nomi induce ancora oggi a rimanere aderenti, nell'ambito della ricerca storico-giuridica, ai loro risultati. Nel necrologio a Karl Haff, in « *ZSSR*(*G*) » H. A. SCHULTZE - VON LASAULX parla, ancora nel 1955, del periodo intorno alla fine del secolo come dell'« epoca eroica della Germanistica » (pagina XV).

112. H. BRUNNER *Deutsche Rechtsgeschichte* cit., I 3.

fondamenti economico-sociali di Diritto e Stato; in seguito, come sviluppo verso la vita statale, « il diritto e le sue fonti di conoscenza », e dopo ciò infine, in particolare, le singole istituzioni e condizioni di diritto statale.[113] In modo ancor più chiaro ciò avviene per il periodo franco: qui Brunner distingue fra storia giuridica generale e storia giuridica speciale. Tema della storia generale del diritto sono la storia delle fonti di diritto e « le condizioni politiche, economiche e sociali come i fondamenti e le forze portanti della formazione del diritto »;[114] Società e Stato, costituzione sociale e giuridica, essere e dovere sono stettamente separati l'uno dall'altro. A questi fondamenti, separati dalla costituzione e dal diritto, appartengono: le condizioni economiche, le signorie terriere e le concessioni di terra, le questioni relative al denaro e al conio delle monete, la parentela, l'articolazione della Società e i singoli ceti.[115] La storia speciale del diritto si suddivide poi in diritto statale del Regno franco, sviluppo del diritto e diritto penale.[116] In essa si tratta dello « sviluppo dei singoli istituti giuridici »:[117] il quadro complessivo è indubbiamente presupposto. Il « diritto statale » comprende i Capitoli: Monarchia, Corte del Re e amministrazione del Regno, distretti amministrativi e loro natura d'ufficio, prestazioni dei sudditi (!) e singole parti dell'amministrazione, albori del sistema feudale.[118] Qui si presenta esattamente lo schema di un manuale di diritto statale costituzionalistico; esso si sviluppa in modo conseguente all'interno dei Capitoli con tutte le implicazioni connesse.[119] Solo l'ultimo Capitolo costituisce un corpo estraneo; in esso devono trovare spazio anche fenomeni come ‹avvocazia› e immunità che non si inseriscono in alcun modo nello schema statale. La faida viene trattata in quattro pagine nel Paragrafo « sviluppo giuridico » del Capitolo « l'autodifesa » e viene completamente assunta sotto forme di pensiero e concetti di diritto processuale.[120]

Ciò che qui appare non è solo un adeguamento graduale alle esigenze dell'insegnamento del diritto, ma il riflesso fedele della situazione spirituale della storia del diritto trasformatasi in disciplina giuridica.

Alla costruzione interna corrisponde anche il metodo interno dell'opera e la discussione dei particolari. Tutte le tesi ‹statuali› e le qualificazioni da quelle

113. Cfr. BRUNNER *Ibid.* I Sommario.
114. BRUNNER *Ibid.* I 7.
115. BRUNNER *Ibid.* I Sommario, §§ 25-32.
116. BRUNNER *Ibid.* II pagine V-VII.
117. BRUNNER *Ibid.* I 7.
118. BRUNNER *Ibid.* II Sommario, pagine V-VII.
119. Particolarmente tipico all'interno del Capitolo « Die Leistungen der Untertanen und die einzelnen Teile der Verwaltung »: dovere militare ed esercito, dovere reale e sistema giudiziario, servizio di polizia e prestazioni pubbliche, sistema finanziario.
120. H. BRUNNER *Deutsche Rechtsgeschichte* cit., II VII e 527-528. La faida appare come « procedimento giuridico extragiudiziale ».

determinate, come erano sopravvenute da Roth e Sohm, ed in parte anche da Waitz, vengono riprese da Brunner e con grande diligenza in parte nuovamente ribadite, in parte modificate, mai comunque rigettate nel loro fondamento. La ‹libertà› è definita per Brunner dalla libertà di movimento e di scelta della professione,[121] dunque del tutto nel senso del 1789, come ripudio di ogni vincolo relativo allo ‹status› personale: la « composizione della società » si compie in base al censo, in quanto « criterio delle differenze sociali (!) ».[122] La relazione fra diritto del Re e diritto nazionale si definisce analogamente a quella tra ‹legge› ed ‹ordinanza›, nel senso di ordinanze « intra, praeter et contra legem »,[123] ed anche il contenuto del potere regio è di natura statale-costituzionalistica: « potere supremo di polizia », potere militare, rappresentanza verso l'esterno, « autorità d'ufficio », diritto illimitato di privilegio.[124] Le suddivisioni del Regno franco sono « concettualmente solo divisioni dell'amministrazione regia », esse « dal punto di vista del diritto statale », sono solo « grandi distretti amministrativi »,[125] il vassallo appare, a differenza dell'obbligato al servizio militare, come « soldato privato ».[126] Come il dovere generale al servizio militare esiste anche il servizio generale di polizia: « poichè alla comunità mancava un apparato organizzato di polizia, ogni singolo membro della popolazione fungeva come organo della polizia pubblica ».[127] Ciò può bastare come caratterizzazione generale.

Con tutto ciò non si deve tuttavia scordare che proprio Heinrich Brunner, come per lo più la generazione di storici del diritto che a lui faceva capo, si è molto preoccupato del pensiero storico e della descrizione aderente alla realtà delle condizioni storiche: altrimenti il vero problema viene perso di vista. Heinrich Brunner si è chiaramente guardato dal collocare concetti e distinzioni che « sono essi stessi il risultato di uno sviluppo storico » in periodi ai quali essi erano « completamente estranei ».[128] Allo stesso modo egli ha difeso per la storia del diritto la ripartizione storica della materia contro la maniera sistematica di trattarla. Ma proprio in questa esigenza di una considerazione strettamente storica appare evidente in che misura nel suo caso fosse andata perduta ogni consapevolezza storica. Infatti ciò che resta della storicità è ora soltanto un processo immanente di differenziazione degli istituti giuridici: la loro nascita, la loro specificazione ed il loro sviluppo da un'indifferenziata unità ini-

121. Brunner *Ibid.* I 228-229.
122. Brunner *Ibid.* I 224.
123. Brunner *Ibid.* I 279.
124. Brunner *Ibid.* II 11-13.
125. Brunner *Ibid.* II 142.
126. Brunner *Ibid.* II 210-211.
127. Brunner *Ibid.* II 226.
128. Brunner *Ibid.* I 5; inoltre K. von Amira *Heinrich Brunner* (Necrologio), in « *Jahrbücher der Königlichen Bayerischen Akademie der Wissenschaften* » (1916) 162-163.

ziale.[129] La storicità gioca ormai solo nel dettaglio; essa non incide più su ciò di cui propriamente si tratta, sull'impalcatura concettuale e sull'ordine interno come tale.

Nonostante tutto, però, una certa dialettica occulta continuava ad agire. Infatti mentre la storia del diritto in tal modo fu liberata da ogni concreto influsso politico e da ogni sovrastruttura teoretica e venne elevata nella sfera della scientificità neutrale, nella quale il non-storico in certa misura apparteneva alla sua seconda natura, fu liberamente introdotta all'interno di questa cornice una spregiudicata ricerca particolare che sulla base del lavoro su materiale concreto doveva stimolare nuove questioni e problematiche. È stato proprio dall'esatta ricerca di dettaglio su materiale documentario — che fu resa possibile dalle ricerche di rottura di Brunner sulle fonti[130] — che in seguito sono derivate le decisive contestazioni e le scosse al modello di ordinamento e all'impalcatura concettuale statale che erano (fin qui) dati per presupposti.[131]

III.

1. La trattazione giuridico-concettuale della storia costituzionale e la sua riduzione ad una storia del diritto intesa come disciplina giuridica, come si affermò definitivamente nell'opera di Heinrich Brunner, non era poi in realtà in alcun modo così neutrale e non politica come essa stessa si considerava. Il sistema dei concetti e delle distinzioni che venne posto a fondamento dell'interpretazione e del giudizio, come metodologico-aprioristico, non era in realtà affatto aprioristico, ma costruito sulla realtà dello Stato moderno e dell'ordinamento ad esso relativo; in tal modo era ad esso immanente anche una concreta sostanza politica. L'intera storia costituzionale venne compresa ed interpretata dal punto di vista di un pensiero statale moderno orientato in senso occidentale, venne cioè vista, dal punto di vista spirituale, sulla base dei princìpî illuministici, e, salve poche eccezioni, delle idee del 1789.[132] Nello schiera-

129. Cfr. su ciò H. Brunner *Deutsche Rechtsgeschichte* cit., I 5. Tra i risultati del pensiero storico vi è dunque che l'alternativa fra Monarchia e Repubblica non viene sollevata per il sistema statale tedesco, poichè una tale differenziazione a quei tempi non sussisteva ancora; il carattere statale in quanto tale rimane intatto: cfr. Brunner *Ibid.* I 123.

130. Su ciò R. Rosenmund *Die Fortschritte der Diplomatik seit Mabillon vornehmlich in Deutschland-Oesterreich* (München-Leipzig 1897) 99 ss, 117.

131. Qui è da ricordare sopra tutto l'‹Oesterreichische Institut für Geschichtsforschung›, il quale procedette ad un sistematico scoprimento dei documenti come di un terzo ambito di fonti accanto alle ‹Leges› e ai Capitolari in quanto libri di formule: cfr. i lavori di Alphons Dopsch, Hans Hirsch, Otto Stowasser ed infine Otto Brunner. Vedi anche ‹retro› nell'Introduzione, alle pagine 2 ss.

132. Che il secolo XIX realizzasse in verità dovunque i princìpî illuministici è stato visto e dimostrato a fondo, nell'ambito degli storici del diritto, solo da Rudolf Sohm, del quale si veda

mento politico dell'epoca di Bismarck ciò corrispondeva, nella sostanza, alla posizione social-liberale.

Questo impegno politico dissimulato e nascosto sotto una copertura scientifico-metodologica appare ancora più chiaramente nella descrizione e nell'interpretazione del così detto Stato feudale. Nell'ambito dello schema concettuale di Stato-Società, pubblico-privato etc., questo Stato feudale doveva necessariamente cadere nella sfera della signoria privata, della non-statualità e della patrimonialità. Ciò significava contemporaneamente un verdetto su molti secoli di storia costituzionale tedesca. In questo senso esiste una continuità ininterrotta della discussione sul feudalesimo nella Francia del XVIII secolo, attraverso il liberalismo organico fino all'anti-feudalesimo degli storici del diritto ‹giuristi›.[133] È sempre lo stesso avversario contro il quale si polemizza, sulla base dello Stato, dell'ordinamento borghese e ‹di diritto›. « In via di principio » si legge in Karl von Amira nell'anno 1906,[134] il Capo dell'Impero tedesco era legittimato « a governare l'intero Stato in vista del suo guadagno privato e corrispondentemente a prendere provvedimenti anche riguardo ai privilegi, al territorio e alla popolazione ».[135] Certamente esistevano delle limitazioni giuridiche nei confronti del Signore, ma quest'ultimo non era vincolato da nessun diritto pubblico, bensì solo « dai diritti tanto personali che legittimamente acquisiti di una classe di sudditi ». Era un « rapporto di diritto privato » a rendere qualcuno suddito di un signore, si trattasse di signore territoriale o terriero. Tutte le signorie feudali sono « porzioni di patrimonio, ereditarie, alienabili, ipotecabili, divisibili, valgono come beni immobili e vengono amministrate come fondi ».[136] Il sistema feudale diventa così il « destino dello Stato tedesco ».[137] Esso comprende Impero e territori nella sua struttura interna e toglie ogni potere alla stragrande maggioranza degli appartenenti allo Stato. Ogni dipendente serviva gli interessi dello Stato solo nella misura in cui ser-

Fränkisches und römisches Recht cit., 80: « La signoria esclusiva sull'intero terreno giuridico dell'intelligenza preposta all'emanazione delle leggi... è il segno caratteristico del nostro tempo, e ciò rende allo stesso tempo evidente che la storia del diritto del XIX secolo viene determinata non dalle idee della Scuola storica del diritto, ma ininterrottamente dalla strapotente filosofia dell'Illuminismo, dal pensiero del diritto naturale, che ancora oggi dominano gli animi ».

133. Qui Sohm assume, sulla base delle ragioni esposte sopra, una posizione particolare; per lui sostanzialmente ogni ordinamento politico doveva avere carattere statale.

Cfr. in particolare ‹retro› Capitolo 3, Sezione 1 II e 4 II; ed il presente Capitolo I 2, pagine 217 ss.

134. Cfr. K. von Amira *Zur Erinnerung an den 1. Januar 1806*, in « *Süddeutsche Monatshefte* » 1 (1906) 81 ss.

135. von Amira *Ibid.* 81; analogamente anche dello stesso Autore *Grundriss des germanischen Rechts* (Strassburg 1911^{3}) § 45, pagina 152.

136. Cfr. K. von Amira *Zur Erinnerung* cit., 81-82; inoltre *Grundriss* cit., § 51, pagine 162-164.

137. K. von Amira *Zur Erinnerung* cit., 84.

viva « gli interessi privati di un altro suddito »; il signore non apparteneva al territorio, ma territorio e popolazione appartenevano a lui.[138]

Con queste tesi non solo veniva pronunciato un giudizio di condanna sul feudalesimo, ma veniva posta in discussione anche la monarchia storica. La sua origine affondava ora nell'oscurità dell'anarchia patrimoniale ed essa aveva la macchia di avere considerato e trattato i suoi sudditi come pertinenza della terra e del fondo. Contro questo verdetto sorge in suo favore un difensore e propugnatore della sua statualità in Georg von Below. Below era un conservatore di osservanza prussiana, apparteneva ad un'antica stirpe nobiliare della Marca pomerana ed era cresciuto su un possedimento signorile della Prussia orientale;[139] fedeltà al re ed atteggiamento antidemocratico erano dunque innati in lui. In contrasto con la neutralità del diritto statale positivistico e della storia ‹giuridica› del diritto, egli pensava di nuovo in termini politici. Così nelle polemiche sul carattere della costituzione medievale il suo fine dichiarato era di provare la statualità anche del così detto ordinamento feudale, col che egli contemporaneamente difendeva la monarchia storica contro il giudizio di condanna liberale sulla sua origine patrimoniale.[140]

Below era consapevole che la polemica sullo « Stato del Medioevo » implicava nello stesso stempo il giudizio su interi secoli di storia.[141] La sua polemica non era rivolta solo contro le singole posizioni, come si manifestavano per esempio in Karl von Amira, ma contro il liberalismo e sopra tutto contro la concezione della storia costituzionale di quest'ultimo. La storia della letteratura, che fa da introduzione al suo lavoro sullo Stato tedesco del Medioevo, esamina la letteratura storico-costituzionale del XIX secolo, per vedere fino a che punto essa riconosce lo Stato e gli ordinamenti signorili del Medioevo nel loro carattere statuale e di diritto pubblico, oppure le riduce nel diritto privato.[142] In maniera decisa egli si scaglia contro la teoria liberale della personalità organica dello Stato e contro il pensiero statale comunitario, dietro i quali egli sospetta un nascosto repubblicanesimo:[143] infatti, dal momento che egli stesso pensa in termini politici, è poi in grado di riconoscere anche il sottofondo politico delle teorie statali comunitarie.[144] Nella scia di Sohm e appoggiandosi ad

138. von Amira *Ibid.* 83-84.

139. M. von Below *Georg von Below, ein Lebensbild für seine Freunde* (Stuttgart 1930) 1-2, 6-8, 20 ss.

140. Cfr. G. von Below *Der deutsche Staat* cit., Prefazione: « Io mi pongo il compito di dimostrare l'esistenza dello Stato del Medioevo come Stato, della costituzione medievale come costituzione statale ». Questa promessa egli l'ha fatta 26 anni prima (dunque nel 1892).

141. Cfr. G. von Below *Der deutsche Staat* cit., 174-175.

142. Below *Ibid.* 7-106; in modo caratteristico questa storia della letteratura inizia con la teoria patrimoniale di Haller e con i suoi influssi sugli storici.

143. Below *Ibid.* 163-175, sopra tutto 167-168.

144. Così ancora nel 1924, nella recensione di A. Waas *Vogtei und Bede* cit., in « *VJSWG* » 18 (1922) 239.

Otto Mayer egli fa proprio il concetto monistico-istituzionale dello Stato: « noi intendiamo lo Stato come un istituto rivolto a fini che costituiscono un interesse complessivo più elevato e generale ».[145] Ciò era conseguente al punto di vista conservatore di Below, poichè il monarca non stava più, come organo, all'interno dello Stato, ma al di sopra, in quanto signore. Sul piano dei principî egli si era in tal modo certamente avvicinato al corpo di idee del 1789 più che non Gierke e il liberalismo organico. A questo concetto dello Stato e a tutto ciò che vi è implicito sono orientate le sue indagini storiche.

2. In Below, benchè egli pensi come conservatore in termini concreti e politici, non si trova tuttavia alcuna teoria storico-politica, dalla quale traggano origine le sue tesi ed i suoi argomenti. Egli occupa solo una posizione di contrasto all'interno del sistema concettuale astratto elaborato dagli storici ‹giuridici› del diritto. Benchè egli provenga dalla storia generale e politica — si era formato presso Moritz Ritter[146] — egli diviene in quanto storico costituzionale, uno storico del diritto nel senso appena descritto. Più volte egli afferma che senza formazione e mentalità giuridica e senza i concetti della moderna scienza giuridica non è possibile una ricerca storico-costituzionale fruttuosa.[147] « La formazione nella sistematica giuridica conferisce l'armatura di cavaliere, contro la quale nulla può il povero bando della fanteria della storia ».[148] La storia del diritto di Heinrich Brunner gli appare come la compiuta unione di chiarezza giuridica e di senso storico, ed egli stesso ha più volte ribadito l'influsso di Rudolf Sohm sul suo pensiero.[149]

Ma poichè egli come storico stava ugualmente fuori dal complesso delle discipline giuridiche, non era poi in grado di trattare l'argomentazione giuridico-concettuale e le distinzioni e le antitesi dedotte dal moderno diritto statale in modo così evidente e chiaro come i suoi colleghi cultori di storia del diritto. La questione fu per lui oggetto di riflessione. In tal modo appare chiaramente quale fosse la situazione ideale e storica nella quale si trovava alla fine del XIX secolo la ricerca storico-giuridica.

Below si rende perfettamente conto di misurare e descrivere epoche passate per mezzo di concetti moderni, ma egli legittima espressamente tale metodo, come il solo possibile ai fini della conoscenza storico-costituzionale. « Per

145. Cfr. G. VON BELOW *Der deutsche Staat* cit., 167-168 e 174 (citazione).

146. M. VON BELOW *Georg von Below* cit., 43-46.

147. Cfr. G. VON BELOW *Der deutsche Staat* cit., 107-108; *Der Ursprung der deutschen Stadtverfassung* (Düsseldorf 1892); *Die deutsche Geschichtsschreibung von den Befreiungskriegen bis zu unseren Tagen*. Seconda edizione accresciuta (München-Berlin 1924) 102-103.

148. G. VON BELOW *Die deutsche Geschichtsschreibung* cit., 102.

149. Per Brunner cfr. le note autobiografiche citate da M. VON BELOW *Georg von Below* cit., 44-45; per Sohm cfr. G. VON BELOW *Der deutsche Staat* cit. (nella seconda edizione del 1925) XX-XXI, 37-38, 51 ss.

avvicinare a noi le condizioni del passato, non vi è alcun altro mezzo che commisurarle al concetto che è offerto dal diritto del presente ».[150] I moderni concetti giuridici non sono più una specie di categorie aprioristiche, che stanno semplicemente alla base di ogni conoscenza storico-giuridica, ma diventano strumenti concettuali di sistemazione per la realtà storica ridotta alla fattualità degli avvenimenti. In tal modo diventano decisivi l'impostazione del problema e l'aspetto sistematico dal quale la storia viene osservata. « Le problematiche addotte dalle scienze sistematiche, le esigenze che esse sollevano, costringono ad un ordine e ad una considerazione complessiva, ad una trattazione concettuale del materiale storico. Spesso esse ci offrono già un criterio in base al quale noi compiamo la scelta, o concetti in base ai quali consideriamo gli avvenimenti storici ».[151] Qui è tutto affermato chiaramente; la storia come tale è diventata priva di sostanza e di spazialità, cioè realtà ‹empirica›; essa acquista ordine e forma solo attraverso il soggetto pensante, attraverso concetti e distinzioni assunti dal di fuori. « Comprendere il passato da sè stesso ci resta precluso ed anche ricostruire esclusivamente sulla base della storia qualsiasi visione generale... »; piuttosto sono « i giudizi su ciò che è buono o cattivo, adeguato al fine o non adeguato al fine » a costituire il criterio per l'interpretazione dei « dati di fatto della storia ».[152] L'antitesi fra essere e dovere, tra fattualità e normatività viene trasferita alla conoscenza storica. La conseguenza è che la scienza storica, come Below dice, « può almeno restare indipendente da altre discipline »: essa ha bisogno per tutto ciò che riguarda la raccolta del materiale di appoggiarsi ad una scienza sistematica; da là solo essa riceve logica e misura.[153]

Below esprime qui nient'altro che concetti discendenti necessariamente dall'idea di realtà propria del positivismo e del nominalismo conoscitivo neokantiano:[154] in tal modo egli rende contemporaneamente manifesto ciò che stava a fondamento, come principio ideale, anche della storia ‹giuridica› del diritto, una volta spogliata delle sue ipostasi. La perdita di ogni storicità, verificatasi in tal modo, viene elevata a teoria; l'esigenza di una lingua concettuale aderente alle fonti, come è stata sollevata da Otto Brunner, è già qui negata nel suo punto di partenza; viene raggiunta esattamente la posizione che ha trovato la sua espressione nella teoria della conoscenza storica di Max Weber.

150. G. VON BELOW *Der deutsche Staat* cit., 108-109.
151. G. VON BELOW *Die deutsche Geschichtsschreibung* cit., 102-103.
152. G. VON BELOW *Territorium und Stadt* (München-Berlin 1923^{2}) 155.
153. Cfr. G. VON BELOW *Die deutsche Geschichtsschreibung* cit., 103.
154. Below si trova in accordo molto accentuato con Rickert, Windelband e la Scuola neo-kantiana: cfr. BELOW *Ibid.* 103 ss; egli scorge il significato di questi ultimi per la scienza storica sopra tutto nel fatto che essi avevano reso cosciente alla scienza storica il metodo della sua ricerca.

Per Weber lo strumento della conoscenza storica è il concetto tipico ideale, il cui scopo non è di essere un modello aderente alla premessa di una realtà obbiettiva, ma di essere uno strumento concettuale « allo scopo di dominare idealmente il dato empirico ».[155] La possibilità di una conoscenza compiuta di ciò che è sostanziale è legata alla « ininterrotta applicazione di punti di vista di carattere specificamente particolare » che in ultima istanza sono orientati alle « superiori idee di valore » come estremi punti di riferimento meta-empirici della conoscenza scientifica. Da essi scaturisce la luce della conoscenza, che cade « ogni volta su uno scopo finale incessantemente mutevole del caotico, immane corso degli avvenimenti che si viene svolgendo attraverso il tempo ».[156]

Una tale riflessione teoretica può andare un buon tratto più in là di ciò che accade praticamente nel lavoro del ricercatore, con essa tuttavia il fondamento ideale della ricerca storico-costituzionale di Below è sufficientemente indicato nel suo nucleo.[157] L'intero ordinamento alto- e tardo-medioevale viene da lui riferito al sistema di concetti e di distinzioni costruito sulla base dello Stato moderno, istituzionale, e viene interpretato secondo i criteri di quest'ultimo. Il punto di partenza è la costituzione carolingia, intesa, nel senso di Sohm e di Brunner, come un'associazione unitaria di sudditi dotata di potere signorile centralizzato, di organizzazione compiuta e di uffici dipendenti nell'amministrazione e nella giudicatura;[158] dal sistema feudale questa unitaria associazione statale non viene eliminata ma solo « interrotta ».[159] Anche in presenza di trasferimento e di concessione, le prerogative signorili e gli uffici dati in concessione permangono, in quanto tali, statali e pubblici: solo l'alienazione in sè e la sua forma hanno carattere di diritto privato.[160] In tal modo Below mantiene un insieme di continuità fra l'Impero carolingio e lo Stato territoriale del tardo Medioevo. Gli impiegati dipendenti allargano nello Stato feudale le loro prerogative di ufficio in diritti feudali, i loro distretti in ambiti di signoria. L'elemento contingente nei diritti ed uffici statali rimane perciò costante, solo

155. M. WEBER *Die Objektivität sozialwissenschaftlicher Erkenntnis*, in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, citato da M. WEBER *Soziologie, weltgeschichtliche Analysen, Politik* (Stuttgart 1956) 255.

156. WEBER *Ibid.* 260-261.

157. Come esempio particolarmente tipico sia portato il fatto che Below ha collocato il nuovo slancio della ricerca storica, dopo la ‹caduta› nell'empirismo e dopo una storia culturale non-politica, nell'anno 1878 nel quale la politica neo-conservatrice di Bismarck ha reso realmente fruttiferi per la vita tedesca gli avvenimenti del 1871: cfr. G. VON BELOW *Die deutsche Geschichtsschreibung* cit., 84 ss. Questo è il modo in cui lo spirito pensante di tradizione conservatrice ordina i « dati di fatto storici ».

158. Cfr. la trattazione globale in G. VON BELOW *Territorium* cit., 194.

159. G. VON BELOW *Der deutsche Staat* cit., 233, 240-242, 321-333. La posizione di principio in G. VON BELOW *Territorium* cit., 162: « l'affermazione che al sistema politico medievale pertiene il carattere di Stato non ha bisogno di nessuna dimostrazione più approfondita ».

160. G. VON BELOW *Der deutsche Staat* cit., 244-246, 288-294.

la titolarità si allarga.[161] I titolari di uffici di diritto feudale si trasformano con l'investitura da sudditi in «persone statali» e vengono con ciò a far parte del complesso dell'organizzazione e della delegazione statale.[162] Lo strumento di ricostruzione che Below qui impiega è desunto completamente dal moderno diritto statale: la figura giuridica dell'investito.[163]

Questa costruzione permette dunque di sostenere la tesi strenuamente propugnata da Below che l'autorità territoriale abbia avuto origine dall'acquisto di distretti di giudicatura e di diritti comitali.[164] In essi risiedeva la sostanza della signoria statale medievale ancora limitata all'amministrazione del diritto e al mantenimento della pace; chi ne era divenuto titolare di diritto proprio era con ciò titolare del potere statale.

Lo stesso accade con la costituzione del primo Stato per ceti al quale Below ha dedicato molteplici indagini.[165] Qui sono le problematiche e le distinzioni del sistema costituzionalistico che stabiliscono il criterio di ricostruzione e d'interpretazione.[166] « I ceti territoriali del Medioevo tedesco erano determinate classi (!) privilegiate di un territorio riunite corporativamente, che rappresentavano il paese nei confronti del Signore territoriale ».[167] La signoria territoriale come complesso di sfere di signoria più o meno ampie, i ceti come portatori autogeni di signoria, la loro ‹libertà› come concreta libertà signorile, tutto ciò è escluso per definizione; l'associazione unitaria dei sudditi, strutturata in classi social-cetuali, il potere statale autoritario del signore territoriale sono al contrario sempre presupposti. Quanto alla natura dei Ceti territoriali può dunque sussistere solo l'alternativa: partecipazione in rapporto alla proprietà o rappresentanza, e poichè Below si rende conto che i Ceti erano qualcosa più di un Parlamento di proprietari ed agivano per il ‹paese›, egli sostiene il loro carattere propriamente rappresentativo.[168] La speciale peculiarità di questi ceti, il loro diritto autonomo, la divisione in ‹curie›, il vincolo nei confronti di

161. VON BELOW *Ibid.* 243, 246-247.

162. Cfr. VON BELOW *Ibid.* 247: « Il passaggio di un tale [distretto giurisdizionale] ad un privato eleva immediatamente quest'ultimo dalla sfera dei rapporti privati rendendolo persona statale ».

163. Cfr. O. MAYER *Deutsches Verwaltungsrecht* II (Berlin 1924³) 243-244.

164. G. VON BELOW *Territorium* cit., 12 ss, 172-173. Per una critica, fra gli altri, T. MAYER *Fürsten und Staat* (Weimar 1950) 276-277.

165. G. VON BELOW *Die landständische Verfassung in Jülich-Berg bis zum Jahre 1511* Parti 1-3 (Düsseldorf 1885 ss); *System und Bedeutung der landständischen Verfassung*, in *Territorium* cit., 53-160; *Der Ursprung der Landeshoheit*, in *Territorium* cit., 1-52.

166. G. VON BELOW *Die lansdtändische* cit., Parte I 66; *Territorium* cit., 55-58, 128-134.

167. G. VON BELOW *Die landständische* cit., Parte I 4.

168. G. VON BELOW *Territorium* cit., 121 ss, 127-128; *Die landständische* cit., Parte I 4. Il concetto di rappresentanza è perciò anche concepito, in aderenza alla polemica del primo liberalismo, come concetto anti-patrimoniale: cfr. il riferimento a Robert von Mohl in G. VON BELOW *Territorium* cit., 127.

istruzioni appaiono solo come anomalie, che non pongono in questione il carattere rappresentativo in quanto tale.[169] Non stupisce che in tal modo non si possa trovare una spiegazione illuminante alla diversità della formazione dei ceti nei singoli territori e per la tarda e più debole comparsa di essi nelle città.[170] Below deve anche mantenere fermo che i ‹ministeriali›, dai quali spesso proviene il più tardo ceto dei cavalieri, erano giuridicamente ‹non liberi›, poichè, nei confronti del signore territoriale, non erano titolari di potere statale, ma si trovavano in una relazione giuridica simile a quella esistente nei confronti di un signore privato.[171]

È chiaro che Below con tutto ciò occupa solo una diversa posizione all'interno del campo di interpretazione giuridico-concettuale instaurato da Roth, Sohm e Brunner, senza tuttavia abbandonarlo. Se, con l'interpretazione dei « dati di fatto della storia », si giunse ad un proseguimento della presupposta statualità o al suo superamento feudale, in un conglomerato di signorie patrimoniali, se si rappresentarono i Ceti territoriali « in termini patrimoniali » o « rappresentativi », questo era sostanzialmente un problema esteriore, relativo alla costruzione interpretativa; tanto una soluzione che l'altra era inadeguata alle condizioni reali. Nel complesso certamente la ragione relativamente migliore era dalla parte di Below, poichè che l'ordinamento medioevale conoscesse signoria autoritaria e legittimata in modo soprapersonale, che essa non si limitasse semplicemente a signorie private come pertinenze della terra, ma comprendesse l'interesse individuale nell'ambito di una società basata su proprietà, forza e contratto, è facilmente riconoscibile dalle fonti. Del principio costitutivo del mondo medioevale, delle concrete strutture signorili e comunitarie non si trova chiaramente alcuna traccia. Tutto ciò non può più essere conosciuto sulla base di questo punto di partenza.

169. G. von Below *Territorium* cit., 128-129.

170. Cfr. von Below *Ibid.* 71-72 per il ceto dei prelati, 74-79 per la ‹curia› dei signori, 93-98 per le città, 98-99 per la rappresentanza dei contadini in territori propri, 156-159 per le origini della costituzione di ceto.

171. G. von Below *Die Landständische* cit., Parte I 15 ss.

Conclusione.

Se consideriamo lo sviluppo che la ricerca storico-costituzionale ha avuto in Germania da Möser a Below, appare manifesto che con la posizione di Below si raggiunse un punto finale oltre al quale, lungo lo stesso cammino, non era più possibile andare.

In Möser la ricerca storico-costituzionale nasce dal fatto di trovarsi, in modo non ancora ininterrotto ma già divenuto cosciente, nella continuità storica: il quadro della realtà in senso proprio, in quanto formatasi storicamente, determinava l'impostazione del problema e le linee d'interpretazione.[1] Lo stesso accadeva in Eichhorn; la forma tarda dello Stato per ceti era il punto di partenza per il suo quadro dello sviluppo storico costituzionale.[2] Con i Germanisti non era invece più la continuità storica, ma proprio la rottura con questa continuità, dalla quale veniva determinata la ricerca storico-costituzionale. In base agli stimoli nazionali e politici essi prendevano chiaramente le mosse dalla storia divenuta ‹passato›, e la rendevano criterio di misura per la formazione del ‹presente›. Non più il quadro costituzionale, ma l'ideale costituzionale, che si cercava nella storia e che si fondava sulla sua base, era il punto di partenza dell'impostazione del problema e dell'interpretazione.[3] L'osservazione della storia e la relazione con essa faceva così seguito ad una teoria sistematica. In tal modo era aperta la strada, nonostante ogni richiamo al senso storico, alle problematiche e ai modelli interpretativi del presente ed era aperto il cammino alla crescente astrazione e allo svuotamento interno della storia. In corrispondenza del movimento ideale politico del tempo si sostituì poi, nel tardo XIX secolo, al punto di partenza nazionale-politico quello puramente sistematico, scientifico-neutrale. La storia non era in conclusione niente più che l'ampio campo dei dati e delle realtà di fatto che si trattava di enucleare, di ordinare e di spiegare, da parte della contemporanea scienza giuridica, con le categorie e gli strumenti concettuali classificatori propri di questa.[4] In tal modo veniva raggiunta la posizione della maggiore possibile astrazione ed estraneità dalla storia. La storia come realtà comprensibile autonomamente era svanita

1. Vedi ‹retro› Capitolo 1, sopra tutto III 68 ss. Nella teoria naturale organica di Möser di Società e Stato, che comprende in sè la storia come ambito di svolgimento, è già certamente implicita la successiva cesura con la storia.

2. Vedi ‹retro› Capitolo 2 III e IV 94 ss, 98 ss, 105 ss.

3. In particolare ‹retro› Capitolo 3, Sezione 1.

4. Questo sviluppo è descritto particolarmente nel Capitolo 4.

allo sguardo ed anche alla coscienza ideale. Solo il punto di partenza e d'impatto sistematico determinava il quadro e la spiegazione del passato.

Un passaggio oltre questa posizione poteva essere solo una deviazione di fondo da questo modo di considerare la storia. Che questa deviazione nel frattempo si sia compiuta è dimostrato dal movimento verificatosi nella ricerca storico-costituzionale del XX secolo, nei confronti della quale si può ormai a buon diritto parlare dell'inizio di una nuova epoca.

Per arrivare a questa deviazione erano d'altra parte necessari diversi passaggi intermedi. Il primo, molto importante, lo compì Wilhelm Dilthey, allorchè attraverso la dottrina della comprensione storica, ricercò una via di uscita dall'estraneità alla storia tipica del movimento neokantiano. Ciò resta vero anche se egli stesso non è certamente andato, lungo questo cammino, oltre la costruzione di tipi storici, che per loro parte rimangono astrazioni poggianti su basi esteriori.[5] Decisivo fu poi il nuovo orientamento di fondo della ricerca storico-costituzionale, verso la fine degli anni trenta, che per sua parte fu preparato e reso possibile dalla ricerca singola di dettaglio e dalle particolari condizioni politico-spirituali.[6] Da allora è presente nella ricerca storico-costituzionale un riconquistato realismo: la storia è tratta dall'ambito dei dati di fatto da ordinare e da valutare; essa è di nuovo suscettibile di descrizione. Ciò permette di impostare il problema secondo la struttura interna e la concreta impalcatura politico-sociale di un'epoca e di sollevare l'esigenza di un linguaggio concettuale aderente alle fonti. In tal modo si instaura però una relazione nei confronti della storia, nella quale si congiungono storicità e conoscenza obiettiva e il problema della dipendenza temporale della ricerca precedente si può sollevare senza che in tal modo debba essere posta in discussione la dipendenza storica della propria posizione d'indagine. La ricerca storico-costituzionale ha in tal modo ricuperato la sua propria storicità e si è aperta nuove strade di conoscenza.

5. W. Dilthey *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, in *Gesammelte Schriften* cit., VII, sopra tutto 130 ss, 205 ss. Una posizione analoga è quella di sostenere che la storia dovrebbe in ogni caso essere resa contemporanea, ma ciò potrebbe effettuarsi solo attraverso la mediazione dei concetti del presente: cfr. ad esempio H. Mitteis *Historismus und Rechtsgeschichte*, in *Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann* (Stuttgart-Köln 1950) 272 e le osservazioni fatte a F. L. Ganshof *Recherches sur les Capitulaires*, in «*Revue historique de droit français et etranger*» 35 (1957) 217, con la nota 314.

6. Cfr. su ciò ‹retro› Introduzione 56 ss. Caratteristico di questo mutamento è il libro di O. Brunner *Land und Herrschaft* cit., il quale apparve la prima volta nel 1939; da esso sono poi derivati gli impulsi successivi. Fino ad oggi è stato per lo più disconosciuto, nell'ambito degli storici del diritto, nonostante tutto il materiale di dettaglio storico costituzionale e tutta la critica metodologica, dei quali la ricerca è debitrice nei confronti di questo libro, che con esso in realtà è iniziata una nuova epoca della ricerca storico-giuridica e costituzionale. Cfr., come esempio evidente di ciò, la recensione della IV edizione dell'opera di cui si parla, ad opera di K. S. Bader, in «*ZSSR*(G)» 77 (1960) 378 ss.

INDICE ANALITICO
DEI NOMI DI PERSONA, DEI TOPONIMI, DELLE ISTITUZIONI E DEI FATTI STORICI

INDICE SOMMARIO

La stampa di questo volume undicesimo dell'Archivio
DELLA FONDAZIONE ITALIANA PER LA STORIA
AMMINISTRATIVA, è stata ultimata presso la
Società Tipografica « Multa Paucis »
in Varese il 30 aprile 1970